
سلسلة المنوعات (١)
إصداراتنا الرقمية (١٠٦)
تهذيب
الاختيار لتعليل المختار
للإمام الفقيه المحدث
عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي
ولد سنة (٥٩٩) هـ وتوفي سنة (٦٨٣) هـ
ومعه
تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار
للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج
عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية
عمان – الأردن
الجزء السابع
البيوع والشفعة والإجارة والرهن والمأذون والوكالة والحوالة
والشركة والمضاربة والوديعة
أنوار العلماء
مركز أنوار العلماء للدراسات

تهذيب الاختيار.......

...... لتعليل المختار



الطبعة الرقمية الأولى

١٤٤١ هـ - ٢٠٢٠ مـ

إصدار

مركز أنوار العلماء للدراسات

التابع

لرابطة علماء الحنفية العالمية

World League of Hanafi Scholars

جوال 00962781408764

البريد الإلكتروني anwar_center1995@yahoo.com

تهذيب الاختيار
لتعليل المختار

للإمام الفقيه المحدث عبد الله بن محمود الموصلي الحنفيُّ

(ولد سنة ٥٩٩هـ وتُوفي سنة ٦٨٣هـ)

ومعه

تحفة الأخيار على الاختيار لتعليل المختار

للأستاذ الدكتور صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان، الأردن

الجزء السّابع

(البيوع والشفعة والإجارة والرهن والمأذون والوكالة والحوالة

والشركة والمضاربة والوديعة)

مركز أنوار العلماء للدراسات



كتاب البيوع

البيعُ في اللُّغة[1]: مُطْلَقُ المبُادلة، وكذلك الشِّراء، سَواء كانت في مال أو غيره، قال الله تبارك وتعالى: {إِنَّ اللّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم}[التوبة: ١١١]، وقال تعالى: {أُولَـئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُاْ الضَّلاَلَةَ بِالْهُدَى وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ}[البقرة: ١٧٥].

وفي الشَّرع[2]: مُبادلةُ المال[3] المُتقوَّم بالمال المُتقوَّم تمليكاً وتملُّكاً، فإن وُجِد تمليك المال بالمنافع، فهو إجارةٌ أو نكاحٌ، وإن وُجِد مجاناً، فهو هبةٌ.

---

(١) لغةً: من الأضداد، يُقال: باع الشَّيء إذا شراه أو اشتراه، ومنه الحديث: «لا يبع بعضكم على بيع أخيه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٣٩، والمسند المستخرج ٤: ٧٩، ومسند أحمد ٢: ٢١: أي لا يشتري على شراء أخيه...، كما في معجم مقاييس اللغة ١: ٣٢٧، والقاموس ٣: ٨.

(٢) اصطلاحاً: مبادلةُ مالٍ بمال، كما في الوقاية ص٤٩٩، وملتقى الأبحر ٢: ٣، ولم يقل بالتَّراضي؛ ليتناول بيع المكرَه، فإنَّه منعقدٌ وإن لم يلزم، فيجوز للمكرَه أن يفسخه، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣.

(٣) المال لغةً: من تموّل مالاً اتخذه قُنية، فهو ما ملكته من جميع الأشياء من دراهم أو دنانير أو ذهب أو فضة أو حنطة أو شعير أو خبز أو حيوان أو ثياب أو سلاح أو غير ذلك، كما في لسان العرب ٦: ٤٣٠٠، و المغرب ص٤٤٨-٤٤٩.

وهو عقدٌ مشروعٌ ثبتت شرعيّتُه بالكتاب والسُّنّة والمَعقول.

أمّا الكتاب؛ فقوله تعالىٰ: {وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ}[البقرة: ٢٧٥]، وقال: {إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ}[النساء: ٢٩].

وأمّا السُّنّة؛ فلأنّه ﷺ بُعِث والنَّاس يَتَبايعون فأَقرَّهم عليه(١)، وقد باع ﷺ واشترىٰ مباشرةً وتوكيلاً، وعلىٰ شرعيتِه الإجماع.

والمَعقول: وهو أنّ الحاجةَ ماسّةٌ إلىٰ شرعيَّته، فإنّ النَّاس محتاجون إلىٰ الأعواض والسِّلع والطَّعام والشَّراب الذي في أيدي بعضِهم ولا طَريق لهم

والمال اصطلاحاً: المبذول المنتفع به؛ لأنَّه ما يميل إليه الطبع، ويُمكن ادخاره لوقت الحاجة منقولاً أو غير منقول، والماليةُ إنَّما ثبتت بتموّل النّاس كافّة أو بعضهم، وذلك بالصِّيانة والادخار لوقت الحاجة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٧٧، ودرر الحكام ٢: ١٧٠.

وأما المال المتقوم اصطلاحاً: المبذول المنتفع به شرعاً.

وحاصلُه: أنَّ المالَ أعمّ من المتقوّم؛ لأنَّ المال ما يُمكن ادخاره ولو غير مباح: كالخمر، والمال المتقوّم ما يُمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمرُ مالٌ لا متقوّم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، كما في المبسوط ٩: ١٥٣، ورد المحتار ٤: ٥٠١.

(١) فعن أبي بردة رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ أي الكسب أطيب أو أفضل؟ قال: «عمل الرَّجل بيده، وكلُّ بيع مبرور» في المستدرك ٢: ١٢، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٦٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥٥٤، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ٦٠: رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير والأوسط، وفيه المسعودي وهو ثقة، ولكنَّه اختلط وبقية رجال أحمد رجال الصحيح.

إلا البَيع والشِّراء، فإن ما جُبِلتْ عليه الطِّباع من الشُّحِّ والضِّنَّة وحبِّ المال يمنعُهم من إخراجه بغير عوض، فاحتاجوا إلىٰ المعاوضة، فوجب أن يُشرعَ دفعاً لحاجته.

وركنُه[1]: الإيجابُ والقَبول؛ لأنّهما يدلاّن علىٰ الرِّضا الذي تعلّق به الحكم،

وكذا ما كان في مَعناهما.

وشرطُه[2]: أَهليّةُ المُتعاقِدين حتىٰ لا يَنعقد من غير أهل.

---

(١) أي ركن البيع: الإيجاب والقبول الدالان علىٰ التّبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فهو التَّصرُّف الدّال علىٰ تبادل الملكين من قول أو فعل.

والإيجاب: لغةً: الإثبات، وسمي الإيجاب إيجاباً؛ لكون الموجب بإيجابه يثبت للآخر حقّ القبول. واصطلاحاً: ما يصدر أولاً من أحد العاقدين؛ لأجل إنشاء التصرف.

والقَبول: ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر.

ولا فرق بين أن يبدأ الكلام من البائع أو من المشتري، فمَن بدأ أَوَّلاً كان هو الموجب، والآخر هو القابل، كما في الدر المختار ٢: ٦-٧، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١: ١٠٤.

(٢) شروط البيع أربعةُ أنواع، وهي:

أولاً: شرائط الانعقاد، وهي ما لا ينعقد البيع بدونها: أي لا يوجد عقد أصلاً:

١. أن يكون العاقد عاقلاً مميزاً؛ فلا ينعقد بيع الصبيّ والمعتوه اللذان لا يعقلان البيع وأثره.

٢. أن يكون العاقد متعدداً؛ فلا يصلح الواحد عاقداً عن جانب البائع وجانب المشتري.

٣. موافقة القبول للإيجاب: بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لم ينعقد.
٤. كون العقد بصيغة تدل على تحقُّق البيع كلفظ الماضي لا الوعد.
٥. سماع المتعاقدين كلام بعضهما البعض، فإذا قال المشتري: اشتريتُ ولم يسمع البائع كلام المشتري لم ينعقد البيع.
٦. قيام الماليّة في المبيع والثَّمن، فلا ينعقد متى عُدمت الماليّة: كبيع الميتة والخنزير.
٧. أن يكون المبيعُ موجوداً، فلا ينعقد بيعُ المعدوم: كبيع نتاج النَّتاج ـ أي حمل الحمل ـ.
٨. أن يكون المبيعُ مملوكاً في نفسه، حتى لا يكون مباحاً، فلا ينعقد بيع الصيد.
٩. أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع، فلا ينعقد بيع ما ليس مملوكاً للبائع.
١٠. أن يكون المبيعُ مالاً متقوَّماً شرعاً، فلا ينعقد بيعُ الحر، والميتة.
١١. أن يكون المبيعُ مقدور التَّسليم في الحال أو في تالي الحال، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد، وإن كان مملوكاً له، فلو أنَّ رجلاً باع دابّته الفارّة فعادت إليه بعد البيع وسلَّمها إلى المشتري فلا ينقلب البيع صحيحاً، بل يحتاج إلى تجديدِ الإيجابِ والقَبول إلاّ إذا تراضيا، فيكون بيعاً مبتدأً بالتَّعاطي.
١٢. اتحاد المجلس بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.

ثانياً: شرائط النفاذ، وهي ما لا يثبت الحكم ـ وهو انتقال الملك ـ بدونها، وإن كان البيعُ منعقداً بدونها، وهما:
١. الملك أو الولاية، والولاية تكون إما بإنابة المالك: كالوكالة، أو بإنابة الشّارع: كولاية الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه، فلا ينفذ بيع الفضولي؛ لانعدام الملك والولاية، لكنَّه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك.
٢. أن لا يكون في المبيع حقٌّ لغير البائع، فإن كان لا ينفذ: كالمرهون والمستأجر.

ثالثاً: شرائط الصَّحّة، وهي ما لا صحَّة للبيع بدونها، فيكون فاسداً، وإن كان البيعُ منعقداً ونافذاً بدونها:

١. كلُّ شروط الانعقاد والنَّفاذ؛ لأنَّ ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لم يصحّ ضرورة؛ إذ الصِّحّة أمر زائد على الانعقاد والنّفاذ، وما لا يصحّ ينعقد؛ لأنَّ الفاسدَ منعقدٌ نافذٌ إذا اتصل به القبض وإن لم يكن صَحيحاً.

٢. أن لا يكون البيعُ مؤقتاً، فإن أقّته لم يصحّ.

٣. أن يكون المبيعُ والثَّمن معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فإن كان أحدُهما مجهولاً جهالةً مفضيةً إلى المنازعةِ فسد البيع؛ لأنَّ الجهالةَ إذا كانت مفضيةً إلى المنازعةِ كانت مانعةً من التَّسليم والتَّسلُّم.

٤. أن يكون المبيعُ مقدورَ التَّسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه، فالبيع فاسدٌ؛ لأنَّ الضرر لا يستحقُّ بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه، فلو باع ذراعاً من ثوب حرير منقوش فإنَّه لا يجوز؛ لأنَّه لا يمكنه تسليمه إلا بالقطع، وفيه ضرر بالبائع.

٥. أن يكون البيع بالرضا، فبيع المكره وشراؤه فاسد.

٦. أن يخلو البيع عن الشَّرط الفاسد، وهو أنواع:

أ. شرط في وجوده غرر: فيوجب الفساد، فلو اشترى بقرة على أنَّها تحلب كذا كذا رطلاً.

ب. شرط محظور، فلو اشترى كبشاً على أنَّها نطوح على سبيل الرغبة في هذا.

ج. اشتراط الأجل في المبيع العين والثمن العين.

د. شرط خيار شرط زائد عن ثلاثة أيام، أو خيار مؤقّت بوقت مجهول جهالة فاحشة: كهبوب الريح ، أو جهالة متقاربة: كالحصاد.

وَمَحلُّه: المال(١)؛ لأنّه يُنبِئُ عنه شَرعاً.

هـ.شرط لا يقتضيه العقد: والشروط التي هي من مقتضيات العقد: هي التي يوجبها العقد ولو لم تذكر في أثنائه: كحبس البائع المبيع حتى يقبض الثمن.
و.شرطٌ غير ملائم للعقد: والشروط الملائمة للعقد: هي الشُّروط المؤيّدة المؤكّدة لمقتضى العقد، فلو باع بشرط أن يرهن المشتري عنده شيئاً معلوماً، صحّ البيع.
س.شرطٌ فيه منفعة للبائع أو للمشتري، فإن لم يكن فيه منفعة لأحدهم، يصحّ البيع، ويلغو الشرط؛ مثاله: لو باعه حيوان على أن لا يبيعه المشتري لآخر.
ح.شرطٌ ليس متعارفاً ولم يجر التعامل به بين الناس.
٧.أن يكون الأجلُ معلوماً في البيع الذي فيه أجلٌ، فإن كان مجهولاً يَفسد البيع.
٨.القبض فيما لا يجوز بيعه قبل القبض، فلو تصرف في رأس مال السلم قبل القبض لا يجوز؛ لعموم النهي؛ ولأنَّ قبضه في المجلس شرط، وبالبيع يفوت القبض.
٩.الخلو من شبهة الربا؛ لأنَّ الشبهةَ ملحقةٌ بالحقيقة في باب الحرمات احتياطاً.
رابعاً: شرط اللزوم: وهي ما لا يلزم البيع بدونها فيمكن فسخه، وإن كان البيعُ منعقداً ونافذا وصحيحاً بدونها، وهي خلوه عن الخيارات الأربعة المشهورة وغيرها، كما في الفتاوى الهندية ٣: ٢-٣، وبدائع الصنائع ٥: ١٦٩، ورد المحتار ٢: ٥-٦، ومجلة الأحكام ١: ٧٨-٧٩، وشرحها درر الحكام ١: ١٥٩-١٦٠، ومرآة المجلة ١: ٧٨-٧٩.

(١) وكذلك وهو المال المتقوم، فيخرج ما كان مالاً غير متقوماً: كالخمر، وما شابهه؛ إذ أنَّ بيعه باطل في حق المسلم. ويخرج ما ليس مالاً أصلاً: كالميتة والدم، كما في حاشية التبيين ٤: ٤٠٣، ورد المحتار ٢: ٦.

وحكمُه[1]: ثبوتُ الملك للمشتري في المبيع، والبائع في الثَّمن إذا كان باتّاً، وعند الإجازة إذا كان مَوقوفاً.

قال: (**البيعُ ينعقدُ بالإيجابِ والقبولِ بلفظي الماضي كقوله: بعتُ واشتريتُ**)؛ لأنّه إنشاءٌ، والشَّرعُ قد اعتبر الإخبارَ إنشاءً في جميع العُقود، فينعقد به، ولأنّ الماضي إيجابٌ وقطعٌ، والمستقبلُ عِدَةٌ أو أمرٌ وتوكيل، فلهذا انعقد بالماضي.

قال: (**وبكلِّ لفظ يدل على معناهما**)[2]: كقوله أَعطيتك بكذا، أو خذه بكذا، أو ملكتُك بكذا، فقال: أخذت، أو قبلتُ، أو رضيتُ، أو أمضيتُ؛ لأنّه يدلُّ على معنى القَبول والرِّضى، والعِبرةُ للمَعاني.

وكذلك لو قال المشتري: اشتريتُ بكذا، فقال البائعُ: رضيتُ، أو أمضيتُ، أو أجزتُ؛ لما ذكرنا.

---

(١) يثبت للبيع حكم أصلي وتبعي:
أما الأصلي: فهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع، إذا كان البيع باتاً، وإن كان موقوفاً فثبوت الملك فيهما عند الإجازة.
وأما التبعي: فهو وجوب تسليم المبيع والثمن، وثبوت الشفعة لو كان المبيع عقاراً، وغيرها، كما في الفتاوى الهندية ٣: ٣، والدر المختار ورد المحتار ٢: ٦.

(٢) أي: ينعقد الإيجابُ والقبولُ في البيع بكلِّ لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عُرف البلد والقوم، كما في مجلة الأحكام العدلية ١: ٦٤.

قال: (**وبالتَّعاطي**)[١] في الأَشياءِ الخَسيسةِ[٢] والنَّفيسة، نصَّ عليه مُحمّد رضي الله عنه[٣]؛ لأنّه يدلُّ على الرِّضا المقصود من الإيجاب والقَبول.

وذَكَرَ الكَرخيُّ رضي الله عنه: أنّه ينعقدُ بالتَّعاطي في الأشياء الخَسيسة فيما جَرَت به العادة، ولا يَنعقد فيما لم تجر به العادة.

ولو قال: بعني، فقال: بعتُ، أو قال: اشتر مني، فقال: اشتريت لا ينعقد حتى يقول: اشتريتُ أو بعتُ؛ لأنّ قولَه: بعني واشترِ ليس بإيجابٍ وإنّما هو أَمر، فإذا قال: بعتُ أو اشتريتُ فقد وُجِد شطرُ العَقد، فلا بُدّ من وجودِ الآخر ليتمّ[٤].

---

(١) وهو وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض من المتبايعين من غير لفظة: بعت واشتريت، وهو بيع منعقد؛ لأنَّ المقصد الأصليَّ من الإيجاب والقَبول هو تراضي الطَّرفين، وهو حاصلٌ بالمبادلة الفعليّة الدالة على التَّراضي، كما في أنفع الوسائل ص٢٣٣.

(٢) الخسيس: كحزمة بقلّة وتفاحة ورمانة، والنَّفيس: كعقد جوهر، ومنهم من حدَّ النَّفيس بنصاب السَّرقة فأكثر، والخسيس بما دونه، كما في منح الغفار ق٢: ٢/ ب.

(٣) صححه في الوقاية وغيرها.

(٤) لما أجمل المؤلف الكلام في الصيغ، فتصيله على النحو الآتي: كلُّ ما يدل على تحقق البيع لا الوعد عرفاً، فإن كان العقد يتحقق بالتعاطي بدون تلفظ، فمن باب أولى أن يتحقق بالصيغ المختلفة إن كانت دالة حصول البيع لا المساومة والعدة، وما يذكره الفقهاء أمثلة لذلك، ومنها:

١.صيغة الماضي، فإنَّ البيع ينعقد بها؛ إذ الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي: كبعت، واشتريت، ورضيت، وأعطيت، وقبلت، وغيرها؛ لأنَّ واضع اللغة لم يضع للإنشاء لفظاً خاصاً، وإنَّما عرف الإنشاء بالشرع، واختيار لفظ الماضي؛ لدلالته على تحقيق وقوع الحدث وثبوته دون المستقبل.
٢.صيغة المضارع إذا أريد بها الحال، فإنَّه ينعقد البيع، كما في عرف بعض البلاد: كأبيع، وأشتري، مثاله: لو قال البائع للمشتري: أبيعك هذا المال بمئة دينار، وأجابه المشتري: اشتريه، وكان قصد البائع والمشتري من قولهما الحال، فالبيع ينعقد. والحال في المضارع إذا اقترن بما يُعَيِّنُهُ للحال، فالبيع ينعقد به بلا نية على الأصح؛ لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازاً، مثاله: إذا قال البائع: أبيع الآن، فالبيع ينعقد.
٣.صيغة الاستقبال؛ وهي المضارع المقترن بالسين أو سوف، مثل: سأبيعك، أو سوف أبيعك، فإنَّه لا ينعقد البيع بها؛ لأنَّها وعد مجرد.
٤.صيغة الاستفهام؛ لا ينعقد البيع بها، مثاله: لو قال المشتري للبائع: هل تبيعني هذا بمئة دينار، فأجابه: بعت، فإنَّه لا ينعقد إلا إذا قال المشتري ثالثاً: قبلت؛ لأنَّ الإيجاب والقبول حصلا بكلمتي بعت وقبلت الدالتين على الإنشاء.
٥.صيغة الأمر؛ مثل: بع واشتر، فإنَّه لا ينعقد البيع بها، سواء نوى بذلك الحال أو لا؛ لأنَّ الأمرَ متمحضاً للاستقبال؛ إلا إذا دلّت صيغة الأمر بطريق الاقتضاء على الحال، فحينئذٍ ينعقد بها البيع، مثاله: لو قال البائع للمشتري: خذ هذا بكذا من الدنانير، وقال المشتري: أخذته، انعقد البيع، فإنَّ قوله: خذه ههنا بمعنى: ها أنا ذا بعت فخذ، كما رد المحتار ٢: ١٠، ومجلة الأحكام ١: ٦٥-٦٧، وشرحها درر الحكام ١: ١٣٩، ومرآة المجلة ١: ٦٥-٦٧.

وقيل: إذا نَوَىٰ الإيجاب في الحال انعقد البيع وإلا فلا، وعلىٰ هذا أَبيعك هذا الجمل أو أُعطيكه، فيقول الآخر: أَشتريه أو أَقبلُه أو آخذه إن نَوَىٰ صحّ وإلاّ فلا.

قال: (**وإذا أَوجب أحدُهما البيعَ فالآخرُ إن شاء قَبِلَ وإن شاء رَدَّ**)؛ لأنّه مُخَيَّرٌ غيرَ مُجبر، فيختار أيّهما شاء، وهذا خيارُ القَبول[1]، ويمتدُّ في المجلس للحاجة إلىٰ التفكّر والتَّروي، والمجلسُ جامعٌ للمتفرِّقات.

---

(١) يشترط لصحّة القبول:
الأول: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، حتىٰ يلزم صحة العقد، وله الحالات الآتية:
١ .أن يكون قبول العاقد الآخر علىٰ الوجه المطابق للإيجاب، وليس له تبعيض الثمن أو المثمن وتفريقهما.
٢ .أن تكون موافقة القبول للإيجاب ضمناً؛ وذلك إذا كان الموجب البائع وسمىٰ الثمن فقبل المشتري المبيع بثمن أزيد من الثمن المسمىٰ.
٣ .أن يوجب أحد المتبايعين في أشياء متعدِّدة بصفقةٍ واحدةٍ، سواء عَيَّن لكلٍّ منها ثمناً علىٰ حدة أم لا، فإنَّه ليس للآخر إلا أن يقبل جميع الصَّفقة بكلّ الثَّمن.
٤ .أن يذكر أحد المتبايعين أشياء متعددة ويبيّن لكل واحد منها ثمناً معيّناً علىٰ حدته، ويكرر لفظ الإيجاب لكل واحد منها علىٰ الانفراد، فإن قبل الآخر بعضها بالثمن المسمّىٰ له، فإنَّه ينعقد البيع فيما قبله فقط.
الثاني: أن يكون الموجب علىٰ قيد الحياة حين قَبول الآخر، فإذا توفِّي الموجب بعد الإيجاب وَقَبْلَ القبول، فإيجابه يصبح باطلاً، ولا يصح قبول المخاطب بعد ذلك.
الثالث: أن لا يَبطل الإيجاب قبل قبول الآخر، وله حالات، وهي:

ويبطل بما يبطل به خيار المخيّرة[1]؛ لأنّه يدلُّ على الإعراض.

وللموجب الرُّجوع؛ لعدم إبطال حقِّ الغير.

---

١. إعراض أحدهما في مجلس البيع ـ وهو الاجتماع الواقع لعقد البيع ـ؛ فمعلوم أنَّ المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، حتى لو أوجب أحد المتبايعين البيع، فإنَّه يستمر الإيجاب وإن طالت المدّة ما لم يعرض أحد العاقدين بقول أو فعل، فإن أعرض أحدُهما بطل الإيجاب.

٢. ردّ الإيجاب قبل القَبول؛ بأن يرجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وَقَبْلَ القبول، فإنَّه يبطل الإيجاب.

٣. الإيجابُ بعد إيجابه الأوّل، فإنَّ تكرارَ الإيجاب قبل القَبول يُبطلُ الإيجابَ الأوّل، ويُعتبر فيه الإيجاب الثاني.

٤. تغيّر المبيع قبل القبول، مثاله: لو قال البائع للمشتري: بعتك هذا الورق، فَقَبِلَ المشتري البيع بعد أن تحوّل الورق كتاباً مطبوعاً، فالبيع لا ينعقد.

الرّابع: سماع البائع والمشتري إيجابهما وقبولهما.

الخامس: أن يصدر القبول من شخص غير الشَّخص الذي صدر منه الإيجاب، فإنَّه لا يصحّ قيام شخص بمفرده مقام العاقدين، كما في الدر المختار ورد المحتار ٢: ١٩-٢٠، ومجلة الأحكام ١: ٧١-٧٤، وشرحها درر الحكام ١: ١٤٩-١٥١، ومرآة المجلة ١: ٧١-٧٤.

(١) وهي المرأةُ التي خيَّرها زوجُها لأن تطلق نفسها، وقال لها: اختاري نفسك أو نحو ذلك، وحكمها: أنَّها على تخييرها ما لم يتبدَّل المجلس، ولم يوجد ما يدلُّ على إعراضها، فلو خيَّرها زوجُها وهي قاعدةٌ فقامت يبطلُ خيارها؛ لأن القيامَ دليلُ الإعراض، كما في عمد الرعاية.

وليس للمشتري القَبول في البعض؛ لأنّه تفريقُ الصَّفقة، وأنّه ضررٌ بالبائع، فإنّ من عادةِ التُّجار ضمُّ الرَّديء إلى الجيد في البيع؛ لترويجِ الرَّديء، فلو صَحّ التَّفريقُ يَزول الجيد عن ملكِه، فيبقى الرَّديءُ، فيتضرَّر بذلك.

وكذلك المشتري يرغب في الجميع، فإذا فَرَّقَ البائعُ الصَّفقة عليه يتضرَّر.

(**وأيّهما قامَ قَبْلَ القَبول بَطَلَ الإيجابُ**)؛ لأنّه يدلُّ على الإعراضِ وعدمِ الرِّضا، وله ذلك.

وشطرُ العقد لا يتوقَّف على قَبولِ الغائب كمَن قال: بعتُ من فلانٍ الغائب، فبلغه فقبل لا ينعقد، إلا إذا كان بكتابةٍ أو رسالةٍ، فيعتبر مجلسُ بلوغ الكتاب وأداء الرِّسالة[1]، وعلى هذا الإجارة والهبة والكتابة والنِّكاح.

---

(١) أين ينعقد الإيجاب والقَبول بالكتابة من الطرفين أو من طرف واحد أو بالرسالة بشرط أن تكون الكتابة في الرَّسالة مرسومة ومستبينة.

والمرسومة: هي التي تكون مصدَّرةً ومعنونة.

والمستبينة: وهي ما يكتب على الصَّحيفةِ والحائطِ والرَّمل على وجهٍ يُمكن فهمُه وقراءتُه لا ما يُكتب على الهواءِ أو الماء أو شيءٍ لا يُمكن فهمُه وقراءته.

ويكون مجلس القَبول هو مجلسُ وصول الرِّسالة؛ لأنه اتّحادٌ للمجلس حكماً، لكن لا يشترط القبول في مجلس وصول الرسالة، حتى لو بلغته الرسالة ولم يقبل في ذلك المجلس، وإنَّما قبل في مجلس آخر جاز.

وإن كان المرسَلُ رسولاً بدل الرَّسالة فيشترط القبول في مجلس وصوله؛ لأنَّ الكلامَ إن

ولو تَبايعا وهما يَمشيان أو يسيران إن لم يَفْصِلا بين كلاميهما بسَكْتةٍ انعقد البيع، وإن فَصَلا لم ينعقد، وقال بعضُهم: ينعقد ما لم يتفرّقا بالأبدان، والأوَّل أصحّ[١].

قال: (**فإذا وُجِد الإيجابُ والقَبول لزمهما البَيع بلا خيار مجلس**)؛ لأنّ العقدَ تمّ بالإيجاب والقَبول؛ لوجودِ ركنِه وشرائطِه، فخيار أحدهما الفسخ إضراراً بالآخر؛ لما فيه من إبطالِ حقِّه، والنَّصُّ يَنفيه.

وما رُوِي من الحديث[٢] محمولٌ على خيار القَبول، هكذا قاله النَّخعيّ؛ لأنّ قوله: المتبايعان يقتضي حالة المباشرة، وقوله: ما لم يتفرّقا: أي بالأقوال؛ لأنّه يحتملُه، فيُحمَل عليه توفيقاً.

وجد يتلاشى فلا يتصل الإيجاب بالقبول إن لم يكن القبول في مجلس الوصول، وأمّا في الرسالة فيبقى الكلامُ قائماً في مجلس آخر، وقراءته بمنزلة خطاب الحاضر، فاتّصل الإيجاب بالقَبول فصحَّ الانعقاد، وهذا هو الفرق بين الرسالة والرسول، كما في البحر ٣: ٨٨، والدر المختار ورد المحتار ٢: ٩.

(١) في ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة لم يصح، واختار غيرُ واحد كالطَّحاوي أنّه إن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز، وصحَّحه في «المحيط»، و في «الخلاصة»: لو قبل بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز، وفي مجمع التفاريق وبه نأخذ، كما في رد المحتار ٤: ٥٢٧.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» في صحيح البخاري ٣: ٦٤، واللفظ له، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٣.

قال: (**ولا بُدَّ من معرفةِ المَبيع مَعْرفةً نافيةً للجَهالة**) قطعاً للمنازعة، فإن كان حاضراً، فيكتفي بالإشارة؛ لأنّها موجبةٌ للتَّعريف، قاطعةٌ للمنازعة.

وإن كان غائباً، فإن كان ممّا يُعرَفُ بالأُنموذج: كالكيليِّ والوَزْنيِّ والعدديِّ المتقارب، فرؤيةُ الأُنموذج كرُؤية الجَميع، إلا أن يختلف، فيكون له خيارُ العيب، فإن كان ممّا لا يُعرف بالأُنموذجِ كالثِّياب والحَيوانِ، فيذكر له جميع الأوصاف قطعاً للمُنازعة، ويكون له خيار الرُّؤية.

قال: (**ولا بُدّ من معرفة مقدار الثَّمن وصفتِه إذا كان في الذِّمة**) قطعاً للمنازعة، إلا إذا لم يكن في البلد نقودٌ؛ لتعيُّنه.

(**ومَن أطلق الثَّمن**[1]**، فهو على غالبِ نقدِ البَلد**) للتَّعارف.

---

(١) أي إن كان بثمن مطلق فله أربعُ حالات:
١. إن اختلفت النُّقود في الرَّواج والماليّة، فإنَّه يقع على النّقد الغالب في البلد، بأن قال: عشرة دراهم مثلاً، فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده؛ لأنَّ المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص.
٢. إن استوت في الماليّة والرّواجِ معاً، فإنَّ المشتري بالخيارِ في دفعِ أيهما شاء، فلو طلبَ البائعُ أحدَهما، فللمشتري أن يدفعَ غيره؛ لأنَّ امتناعَ البائع عن قَبولِ ما دفعَه المشتري تعنّت؛ لأنَّ الاختلافَ في الاسم، ولا فضلَ لواحدٍ على الآخر.
٣. إن استوت في الماليّة واختلفت في الرواج، فإنَّه يصرف إلى الأروج.
٤. إن استوت في الرَّواج واختلفت في المالية، فإنَّ البيع يفسد إلاّ أن يبيّنَ أحد النُّقود؛ لأنَّ الجهالة مفضيةٌ إلى المنازعة، إلاَّ أن ترفعَ الجهالة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٠٤، وشرح الوقاية ص٥٠٠، وغيرهما.

ولو قال: اشتريتُ هذه الدَّار بعشرةٍ، أو هذا الثَّوب بعشرةٍ، أو هذا البطيخ بعشرةٍ، وهو في بلدٍ يتعامل النَّاس بالدَّنانير والدَّراهم والفُلوس، انصرف في الدّار إلى الدَّنانير، وفي الثَّوب إلى الدراهم، وفي البَطيخ إلى الفُلوس بدلالةِ العُرف، وإن لم يَتَعاملوا بها ينصرف إلى المعتاد عندهم.

قال: (**ويجوز بيعُ الكَيليّ والوَزْنيّ كَيلاً ووزناً ومُجازفةً**)، ومرادُه عند اختلاف الجِنْس؛ لقوله ﷺ: «فإذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم»[1]؛ ولأنّه لا ربا إلا عند المقابلة بالجنس؛ لأنّه لا تتحقّق الزِّيادة إلا فيه.

قال: (**ومَن باع صُبْرَةَ**[2] **طَعام كلُّ قَفيزٍ**[3] **بدرهمٍ جاز في قَفيزٍ واحدٍ**) عند أبي حنيفة رضي الله عنه، إلا أن يعرف جملةَ قُفْزانها: إمّا بالتَّسمية أو بالكيل في المجلس.

وقالا: يجوز في الكلّ؛ لأنّ زَوالَ الجَهالة بيدهما[4]، ولا تُفضي إلى المنازعة.

---

(١) فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

(٢) الصُبرة: هي كوم طعام بلا كيل أو وزن، كما في فتح باب العناية ٢: ٣٠٤.

(٣) القفيزُ: وهو ثمانيةُ مكاكيل، كما في المصباح المنير ص٥١١.

(٤) أي؛ لأنَّ هذه الجهالةَ ترتفع بفعل أحد المتعاقدين بالكيل، كما في الخلاصة.

وله: أنّه تعذّر الصَّرفُ إلىٰ الجميع؛ للجهالة في المبيع والثمن، فيصرفُ إلىٰ الأقلّ، وهو الواحد؛ لأنّه معلومٌ.

فإذا زالت الجَهالة جاز في الجميع لزوال المانع، وإذا جاز البَيع في الواحد يثبتُ للمشتري الخيار لتفرُّق الصَّفقة.

قال: (**ومَن باع قَطيع غنم كلّ شاةٍ بدرهم لم يجز في شيءٍ منها، والثِّيابُ**) والمعدودُ المتفاوت (**كالغَنَم**).

وعندهما: يجوز في الكلِّ؛ لما مَرّ.

وله: أنّ قضيةَ ما ذكرنا الجواز في واحدٍ، غير أنّ الواحدَ في هذه الأشياء يتفاوت، فيؤدّي إلىٰ المنازعة، فصار كالمَجهول، فلا يجوز.

قال: (**فإن سَمّى جملةَ القفزان والذُّرعان والغَنَم جاز في الجميع**)؛ لانتفاء الجهالةِ وزوال المانع.

قال: (**ومَن باعَ داراً دَخَلَ مَفاتيحُها وبناؤها في البَيع**)؛ لأنّ المفاتيحَ تبعٌ للأبواب، والأبوابُ متصلةٌ بالبناءِ للبقاء، والبناءُ متصلٌ بالعَرْصة اتصال قَرار، فصارت كالجزء منها، فتدخل في البَيع، ولأنّ الدَّارَ اسم للعَرْصة والبِناء، فيدخل في بيع الدَّار[1].

---

(١) والأصل في جنس هذا: أن كلَّ ما كان اسم المبيع متناولاً له عرفاً، أو كان متصلاً به اتصال قرار ـ وهو ما وضع لا ليفصل ـ دخل من غير ذكر، كما في اللباب ص٢٣٤.

(وكذلك الشَّجرُ في بيع الأرض)؛ لأنّ اتصالَه كاتصالِ البناء، بخلاف الزَّرع والثَّمرة؛ لأنّ اتصالَهما ليس للقَرار، فصار كالمتاع، ويُقال للبائع: اقطع الثمرة واقلع الزَّرع وسَلَّم المَبيع؛ لأنّه يجب عليه تسليمُ المبيع إلى المشتري عملاً بمقتضى البَيع، ولا يُمكن ذلك إلا بالتَّفريغ، فيَجب عليه ذلك، ولو شرطهما دخلا في البَيع عملاً بالشَّرط، قال ﷺ: «مَن اشترى نخلاً أو شجراً فيه ثمرٌ، فثمرتُه للبائع إلا أن يَشْترط المُبتاعُ»(١).

ولو اشترى داراً وذَكَرَ حدودَها دَخَلَ السُّفل والعُلو والاصطبل والكَنيف والأشجار؛ لأنّ الدَّارَ اسمٌ لما أُدير عليه الحدود، وأنّه يدورُ على جميع ما ذكرنا.

والبُستان إذا كان خارج الدَّار إن كان أَصغر منها دَخَل؛ لأنّه من توابع الدَّار عُرفاً، وإن كان مثلها أو أكبر لا يَدخل إلا بالشَّرط لخروجه عن الحدود.

وتدخل الظُّلة عندهما إذا كان مفتحها إليها؛ لأنّها تُعَدُّ من الدَّار عُرفاً.

وعند أبي حنيفة ﷺ: لا تَدخل؛ لأنّ أحدَ طَرفيها على حائط الدَّار فيتبعها، والطَّرفُ الآخر على دار أُخرى أو على أُسطوانة فلا تتبعها، فلا تَدْخُل بالشَّكّ حتى تذكر الحقوق.

---

(١) فعن بن عمر ﷺ، قال ﷺ: «مَن باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع» في صحيح البخاري ٢: ٨٣٨، وصحيح مسلم ٣: ١١٧٢.

والظُّلة: هي التي على ظهر الطريق، وهو الساباط.

ويدخل الطَّريق إلى السكّة؛ لأنه لا بُدّ منه.

ولو اشترى منزلاً فوقَه منزلٌ لا يدخل إلا أن تذكرَ الحقوق أو كلّ قليل وكثير؛ لأنّ المنزلَ اسم لما يشتمل عليه مَرافق السُّكنى؛ لأنّه من النُّزول، وهو السُّكنى، والعُلو مثل السُّفل في السُّكنى من وجهٍ دون وجهٍ، فيكون تَبَعاً من وجهٍ، أصلاً من وجهٍ، فإن ذَكَرَ الحقوقَ دَخَلَ وإلاّ فلا.

ولو اشترى بَيْتاً لا يدخل العُلو، وإن ذَكَرَ الحقوقَ حتى ينصَّ عليه؛ لأنّ البيتَ ما يُبات فيه، وعلوُّه مثلُه في البَيتوتة فلا يدخل فيه إلا بالشَّرط.

قال: (**ويجوز بيع الثَّمرة قبل صَلاحِها**)، والمُرادُ إذا كانت يُنتفعُ بها للأكل أو العَلَف؛ لأنّه مالٌ متقوَّمٌ منتفعٌ به.

وأمّا إذا لم يكن مُنتفعاً بها لا يجوز؛ لأنّه ليس بمال متقوَّم.

(**ويجب قطعُها للحال**)؛ ليتفرّغ ملك البائع، (**وإن شرطَ تركها على الشَّجرِ فَسَدَ البيع**)؛ لأنّه إعارةٌ أو إجارةٌ في البَيْع، فيكون صفقتين في صفقةٍ، وأنّه منهيٌّ عنه.

وكذا الزَّرع في الأرض.

وإن تركها بأَمْره بغيرِ شَرْطٍ جاز وطاب الفَضْل، وإن كان بغير أَمْره تَصَدَّقَ بالفَضْل لحصوله بأَمر محظور.

وإن استأجر الشَّجرَ طابَ له الفَضْل؛ لوجود الإذن، وبَطَلَت الإجارة؛ لأنّه غيرُ معتادٍ.

وكذا إذا اشتراها بعدما تَناهى عِظمُها يجب القَطع للحال لما قُلنا، فإن تركَها طابَ الفَضْل ولم يَتَصَدَّق بشيءٍ بكلِّ حال؛ لأنّه لا زيادة، وإنّما هو تغيُّرُ وصفٍ، فإن شَرَطَ بقاءها على الشَّجر جاز عند محمّدٍ ﷺ استحساناً للعُرف.

بخلاف ما إذا لم تَتَناه في العِظَم؛ لأنّه يَزْداد بعد ذلك، فقد اشترطَ الجُزْءَ المعدومَ فلا يجوز.

فإنّ خَرج بعضُ الثَّمرة أو خَرَجَ الكلُّ لكن بعضُه منتفعٌ به لا يجوز البيعُ للجَمع بين الموجودِ والمعدومِ، والمتقوَّم وغيرِ المتقوَّم، فتبقى حصّة الموجود مجهولة، وكان شمسُ الأئمةَ الحَلْوانيُّ[1] والإمامُ أبو بكر محمّدُ بنُ الفَضل البُخاريُّ يُفتيان بجوازِه في الثِّمارِ والباذنجان ونحوهما، جعلاً المعدوم تبعاً للموجود للتعامل دفعاً للحرج بالخروج عن العادة.

وعن محمّد ﷺ: الجواز في بيع الوَرْد؛ لأنّه مُتَلاحقٌ.

قال شمسُ الأئمة السَّرَخْسيُّ ﷺ: والأوّل أصحُّ؛ إذ لا ضرورةَ في ذلك؛ لأنّه يُمكنه أن يشتري أصولها أو يشتري الموجودَ بجميعِ الثمن ويُحلُّ له البائعُ ما يحدث.

---

(١) وهو عبد العزيز بن أحمد بن نصر الحَلْوَانِيّ، قال ابن ماكولا: إمام أهل الرأي في وقته ببخارى، من مؤلفاته: «المبسوط»، و«النوادر»، و«الفتاوي»، (ت٤٥٦هـ). ينظر: مقدمة الهداية٢: ١٣، ومقدمة السعاية١: ٣٢.

ولو اشتراها مُطلقاً[1] وأثمر ثمراً آخر قبل القَبض فَسَدَ البَيع؛ لتعذُّر التَّمييز قبل التَّسليم، وإن أثمرت بعد القَبْض يَشتركان، والقولُ للمُشتري في قَدْره؛ لأنّه في يدِه، وهو مُنكرٌ.

قال: (**ولا يجوز أن يبيعَ ثمرةً ويَستثني منها أرطالاً معلومة**)؛ لجهالة الباقي، وقيل: يجوز لجواز بيعِه ابتداءً، والأصلُ أن ما جاز بيعُه ابتداءً يجوز استثناؤه[2]: كبيعِ صُبرةٍ إلا قفيزاً، وقفيز من صُبْرة، بخلاف الحَمْل وأطراف الحيوان، حيث لا يجوز استثناؤه؛ لأنّه لا يجوز بيعُه ابتداءً.

---

(١) صورتها: لو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك على النخيل وتركها، وأثمرت مدة الترك ثمرة أُخرى، فإن كان قبل القبض: يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع؛ لأنّه لا يمكن تسليم المبيع لتعذُّر التَّمييز، وإن كان بعد القبض لم يفسد البيع؛ لأنّ التَّسليم قد وُجد، وحدث ملك للبائع، واختلط بملك المشتري، فيشتركان فيه للاختلاط، والقولُ في مقدار الزَّائد قول المشتري؛ لأنّ المبيعَ في يده، فكان الظاهرُ شاهداً له، هذا ظاهر المذهب، وكان الحلواني يفتي بجوازه، ويزعم أنّه مروي عن أصحابنا، وحكي عن الفضلي أنّه كان يفتي بجوازه، ويقول: اجعل الموجود أصلاً، وما يحدث بعد ذلك تبعاً، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر، كما في العناية٦: ٢٩١.

(٢) ما ذكره المصنف، مشى عليه في القدوري الوقاية ٤: ٩ وشرحها لصدر الشريعة، لكن صاحب الهداية٣: ٢٦ قال: قالوا هذا روايةُ الحسن ﵁، وهو قول الطحاوي ﵁، وأمّا على ظاهر الرِّواية ينبغي أن يجوز، واختار ظاهر الرواية صاحب الكنزص٩٧، والتنويرص١٢٦، والملتقى ص١٠٩.

قال: (**ويجوز بَيْعُ الحِنطة في سُنْبلِها والباقِلاءِ في قِشْرِه**)، وكذا السِّمْسِم والأَرُز والجَوز واللَّوز؛ لما روي أنه ﷺ «نهى عن بيع السُّنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»[١]، ولأنه مالٌ منتفع به، فيجوز بيعُه، وعلى البائعِ تخليصُه بالدِّياس والتَّذرية.

وكذا قطنٌ في فراش، وعلى البائع فَتْقُه؛ لأنّ عليه تسليمه.

أمّا جذاذُ الثَّمرةِ وقطع الرَّطبة وقَلْع الجَزَر والبَصل وأَمثالُه على المشتري؛ لأنّه يعمل في ملكِه وللعُرف.

قال: (**ويجوز بيعُ الطَّريق وهبتُه، ولا يجوز ذلك في المَسِيل**)؛ لأنّ الطَّريقَ موضعٌ من الأرضِ معلومُ الطُّولِ والعَرْضِ فيجوز.

والمَسيل: موضعُ جَريان الماء، وهو مجهول؛ لأنّه يَقِلُّ ويَكْثُرُ.

قال: (**ومَن اشترى سِلْعةً بثمنٍ سَلَّمه أوّلاً**) تحقيقاً للمساواةِ بين المتعاقدين؛ لأنّ المبيعَ يتعيَّن بالتَّعيين، والثَّمنُ لا يَتَعيَّن إلاّ بالقَبض، فلهذا

---

(١) فعن ابن عمر ﷺ: «أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النَّخل حتى يزهو، وعن السُّنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» في صحيح مسلم٣: ١١٦٥.
وعن أنس ﷺ: «أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد» في سنن أبي داود ٣: ٢٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٢، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة»، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧، ومسند أحمد ٢١: ٣٧، والمستدرك ٢: ٢٣، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه».

اشترط تسليمُه، (**إلا أن يكون مؤجلاً**)؛ لأنه أسقطَ حَقَّه بالتَّأجيل ولا يسقط حقَّ الآخر.

(**وإن باع سلعةً بسلعةٍ أو ثمناً بثمن سَلَّمَا معاً**) تسويةً بينهما.

قال: (**ولا يجوز بيعُ المنقولِ قبل القَبض**)؛ لأنّه ﷺ «نهى عن بيعِ ما لم يُقْبَضْ»[1]، ولأنّه عَساه يَهْلَك، فيَنْفَسخ البيع، فيكون غَرراً.

وكذا كلُّ ما يَنْفَسخُ العقدُ بهلاكِه[2]: كبدل الصُّلح والإجارة؛ لما ذكرنا.

وما لا يَنْفَسخُ العَقْد بهلاكِهِ يجوز التَّصرُّف فيه قبل القَبْض: كالمهر وبَدَل الخُلْع والصُّلح عن دَمِ العَمد؛ لأنّه لا غَرَرَ فيه.

---

(١) فعن حزام بن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «قلت: يا رسول الله، إنّي رجل أشتري المتاع فما الذي يَحِلّ لي منها وما يَحْرُم عليَّ؟ فقال: يا ابن أخي، إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» في صحيح ابن حبان١١: ٣٥٨،٣٦١، وسنن النسائي الكبرى٤: ٣٧، والمجتبى٧: ٢٨٦، والمنتقى١: ١٥٤، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٨٧، ومصنف عبد الرزّاق٨: ٤٣.

(٢) أي كلُّ عرض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه: كالمبيع والأجرة إذا كانت عيناً، وبدل الصلح إذا كان معيّناً، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه، فالتصرف فيه جائز قبل القبض: كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، كما في البناية٨: ٢٤، وعلل الكرخي في مختصره بقوله؛ لأن هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بذله قيمته، كما في الشلبي٤: ٨٠.

قال: **(ويجوز بيع العَقار قبل القَبْض)**، وقال مُحمّد ﵁: لا يجوز لإطلاق ما رَوَينا، وقياساً على المنقول.

ولهما: أنّ المَبيعَ هو العَرْصة، وهي مأمونةُ الهلاك غالباً، فلا يتعلّق به غَرَرَ الانفساخ، حتى لو كانت على شاطئ البَحر أو كان المَبيعُ علواً لا يجوز بيعُه قبل القبض.

والمرادُ بالحديث النَّقليّ[1]؛ لأنّ القَبْضَ الحقيقيَّ إنّما يُتصوَّر فيه، وعملاً بدلائل الجَواز.

ثمّ[2] إن كان نَقَدَ الثَّمن في البَيعِ الأَوّلِ فالثَّاني نافذٌ، وإلاّ فموقوفٌ كبيع المرهونِ.

---

(١) النهي في الحديث معلول بفور انفساخ العقد بالهلاك، وهذا في العقار نادر، حتى لو لم يكن بأن كان على شط نهر أو كان علواً، أو في موضع لا يؤمن أن يغلب عليه الرِّمال لم يجز بيعه قبل القبض، «فتح»، كما النهر٣: ٤٦٣.

(٢) ويشترط في نفاذ بيع العقار ولزومه أن يكون المشتري نقد الثمن في بيعه الأول، أو يرضى البائع في البيع الأول ببيعه، ففي البحر٦: ١٢٦: «النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع، وإلا فللبائع إبطاله، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير إذن البائع، فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقض، وقيد بالبيع؛ لأنّه لو اشترى عقاراً، فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل، كذا في الخانية».

والإجارةِ على هذا الاختلاف[١]، وقيل: لا يجوز بالاتفاق[٢]؛ لأنّ المعقودَ عليه المنافع، وهلاكُها غيرُ نادرٍ بهلاكِ البناء.

قال: (**ويجوز التَّصرُّف في الثَّمن قبل قبضِه**)؛ لقيام الملك، ولا يتعيَّن ولا يكون فيه غَرَرَ الانفساخ.

قال: (**وتجوز الزِّيادةُ في الثَّمن والسِّلعة، والحَطُّ من الثَّمن، ويلتحقُ بأَصل العقد**).

وقال زُفر ﷺ: وهي مبتدأةٌ؛ لأنّه لا يُمكن جعلُه ثَمَناً ومُثَمَّناً؛ لأنّه يصيرُ ملكُه عِوَضَ ملكِه، فَجعلناه هبة مبتدأة.

ولنا: أنّ بالزِّيادةَ والحطَّ غَيَّرا وصفَ العقد من الرِّبح إلى الخُسْران أو بالعَكس، وهما يملكان إبطالَه، فيملكان تغييره.

ولا بُدّ في الزِّيادةِ من القَبول في المجلس؛ لأنّها تمليكٌ.

ولا بُدّ أن يكون المعقودُ عليه قائماً قابلاً للتَّصرُّف ابتداءً، حتى لا تصحَّ الزِّيادة في الثَّمنِ بعد هلاكه، ويصحُّ الحطُّ بعد هلاك المبيع؛ لأنّه إسقاطٌ محضٌ، والزِّيادةُ إثباتٌ.

---

(١) أي الخلاف الواقع في البيع قبل القبض واقع في الإجارة، لكن المعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر، وهو الصحيح، كذا في «الفوائد الظهيرية»، وعليه الفتوى، كذا في «الكافي»، كما في البحر: ٦: ١٢٦.

(٢) في الرمز، والتبيين٤: ٨٠، وهو الصحيح، وفي النهر٣: ٤٦٣: أنه الأصح.

ولو حَطَّ بعضَ الثَّمنِ والمبيع قائم التحق بأصل العقد، وإن حط الجميع لم يلتحق؛ لأنه يصيرُ الثمن كأن لم يكن فيبطل الحطّ، وإذا صحّت الزيادة يصير لها حصّة من الثمن فيظهر ذلك في المرابحة والتولية، ولو هلكت قبل القبض سقط حصّتها من الثمن.

قال: (**ومَن باعَ بثمنٍ حالٍ ثمّ أَجَّله صَحّ**)؛ لأنّه حَقُّه، ألا تَرىٰ أنّه يملك إسقاطه، فيملك تأجيله؟

وكلُّ دين حال يصحُّ تأجيلُه لما ذكرنا، إلا القَرْض؛ لأنّه صلةٌ ابتداءً ـ حتىٰ لا يجوز ممن لا يَمْلِك التَّبرُّعات، والتَّأجيلُ في التَّبرُّعات غيرُ لازمٍ كالإعارة ـ، معاوضةٌ انتهاء، ولا يجوز التأجيل فيه؛ لأنّه يصيرُ بيعَ الدِّرهم بالدِّرهم نسيئةً، وأنّه حَرامٌ.

قال: (**ويجوز بيعُ الكلبِ والفهدِ والسِّباع مُعَلَّماً كان أو غيرَ مُعَلَّم**)؛ لأنّه حيوانٌ منتفعٌ به حراسةً واصطياداً فيجوز؛ ولهذا ينتقل إلىٰ ملكِ الموصىٰ له والوارث، بخلاف الحَشَرات كالحيّة والعقرب والَّضبِّ والقُنْفُذِ ونحوها؛ لأنّه لا ينتفع بها.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنه لا يجوز بيع الكلب العَقور؛ لأنه ممنوعٌ عن إمساكه مأمورٌ بقتلِه.

ويجوز بيعُ الفيل.

وفي بيعِ القِرْدِ روايتان عن أبي حنيفة ﷺ، والأصحُّ الجوازُ؛ لأنّه يُنتفع بجلدِه.

وعن أبي حنيفة ﵁: جواز بيع الحيِّ من السَّرطانِ والسُّلَحْفاة والضِّفْدَع دون الميت منه، ويجوزُ بيع العَلَق لحاجةِ النَّاس إليه.

قال: (**وأهلُ الذِّمّةِ في البيعِ كالمسلمين**)؛ لقوله ﷺ: «إذا قَبلوا الجزية فأعلمهم أنّ لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»(١).

(**ويجوز لهم بيعُ الخَمْرِ والخِنْزير**)؛ لأنّه من أعزِّ الأموال عندهم، وقد أُمرنا أن نتركهم وما يدينون، يؤيِّدُه قول عمر ﵁: «ولوهم بيعها»(٢).

قال: (**ويجوز بيعُ الأَخرس وسائر عُقُودِهِ بالإشارة المفهومة**)، ويقتصُّ

---

(١) فعن عليّ ﵁: «مَن كانت له ذمّتنا فدمُه كدمنا، وديّتُه كديّتنا» في معرفة السنن١٣: ١٢٥، ومسند الشافعي١: ٣٤٤، وسنن البيهقي الكبير٨: ٣٤، وغيرها.
وعن أنس ﵁، قال ﷺ: «أمرت أن أقاتلَ الناسَ حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأنّ محمّداً عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، ويأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلّوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حَرُمَت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقّها، لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين» في سنن الترمذي٥: ٤، وسنن أبي داود٢: ٥١، وسنن النَّسائي الكبرى٢: ٢٨٠، والمجتبى ٨: ١٠٩، وصحيح ابن حبان١٣: ٢١٥، ومسند أحمد٣: ٢٢٤.

(٢) فعن سويد بن غفلة ﵁ قال: «بلغ عمر بن الخطاب ﵁ أنَّ عمالَه يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثاً، فقال بلال ﵁: إنَّهم ليفعلون ذلك، قال: فلا تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها، فإنَّ اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها» في مصنف ابن عبد الرزاق ٦: ٢٣.

منه وله، ولا يُحَدُّ للقَذْف ولا يُحَدُّ له[١].

وكذلك إذا كان يَكتب؛ لأنّ الكِتابةَ من الغائب كالخطاب من الحاضر، والنبيُّ ﷺ «أمر بتبليغ الرِّسالة»، وقد بلَّغ البعض بالكتاب[٢]، وإنّما جاز ذلك لمكان العَجْز، والعَجْزُ في الأَخرسِ أظهر.

ولا يجوز ذلك فيمَن اعتقل لسانُه أو صمت يوماً؛ لأنّ الإشارةَ إنّما تعتبرُ إذا صارت معهودةً ومعلومة، فمَن كان كذلك فهو بمنزلةِ الأَخرس بخلاف الحدود؛ لأنها تندرئ بالشُّبهات.

قال: (**ويجوز بيعُ الأَعمى وشراؤه**)؛ لأنّ النَّاسَ تعاهدوا ذلك من لدن الصَّدر الأوّل إلى يومنا هذا، ومن الصحابة ﭫ مَن عَمِي وكان يتولَّى ذلك من غير نكير.

والأصل فيه حديث حِبان بن مُنْقذ ﭬ[٣]، وهو ما رواه عُمر ﭬ أنَّ

---

(١) فلا يُحَدّ الأخرس إذا قذف، ولا يُحَدّ للأخرص إذا كان مقذوفاً؛ لبقاء احتمال كونه مصدقاً، كما في مجمع الأنهر٢: ٧٣٢.

(٢) فعن ابن عباس ﭭ: أن أبا سفيان بن حرب أخبره: أن هرقل أرسل إليه في نفر من قريش، وكانوا تجارا بالشأم، فأتوه قال: ثم دعا بكتاب رسول الله ﷺ فقرئ، فإذا فيه: «بسم الله الرحمن الرحيم، من محمد عبد الله ورسوله، إلى هرقل عظيم الروم، السلام على من اتبع الهدى، أما بعد» في صحيح البخاري٨: ٥٨.

(٣) هو حَبَّان بْن منقذ بْن عَمْرو الأنصاري الخزرجي المازني، له صحبة، وشهد أُحداً وما بعدها، وتزوج زينب الصغرى بنت ربيعة بْن الحارث بْن عبد المطلب، فولدت يحيى بْن حبان، وواسع بْن حبان، وهو جد مُحَمَّد بْن يَحْيَى بْن حبان شيخ مالك، وهو

النَّبيَّ ﷺ قال: «إذا ابتعت فقل: لا خِلابةَ ولي الخيارُ ثلاثةَ أيّام، وكان أَعمى»[1]، ذَكَرَه الدَّارَقُطْنيّ[2]؛ ولأنّ مَن جاز له التَّوكيل جاز له المباشرةُ كالبَصير.

(ويثبتُ له خِيار الرُّؤية)؛ لأنّه اشترى ما لم يَرَه على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

(ويسقطُ خِياره بجسِّ المَبيع أو بشمِّه أو بذوقِهِ، وفي العَقار بوصفِه)، وفي الثَّوب بذكر طولِهِ وعرضِه؛ لأنّه يحصلُ له بذلك العلم بالمشترى: كالنَّظر من البَصير، وبَلْ أَكثر.

الَّذِي قَالَ لَهُ النَّبِيّ ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»، وكان في لسانه ثقل، فإذا اشترى يقول: لا خيابة، لأنَّه كان يخدع في البيع، لضعف في عقله، وتوفي في خلافة عثمان ﷺ. ينظر: أسد الغابة ١: ٤٣٧، والإصابة ٢: ١٠.

(١) فعن طلحة بن يزيد بن ركانة: «أنّه كلَّم عمر بن الخطاب في البيوع، قال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحِبَّان بن منقذ، إنّه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام إن رضي أخذ وإن سخط ترك» في سنن الدارقطني٤: ٦، وسنن البيقهي الكبير٥: ٤٥٠.

وعن ابن عمر ﷺ: أنَّ رجلاً ذكر للنبي ﷺ، أنَّه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خَلابة» في صحيح البخاري ٣: ٦٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٥.

(٢) وهو علي بن عمر بن أحمد الدَّارَقُطْنِيّ البَغْدَادِيّ الشَّافِعِيّ، أبو الحسن، قال أبو الطيب الطَبَري: الدَّارَقُطْنِيّ أمير المؤمنين في الحديث. من مؤلفاته: «السنن الكبرى»، و«المختلف والمؤتلف»، و«الأفراد»، (٣٠٦-٣٨٥هـ). ينظر: العبر٣: ٢٨، والوفيات٣: ٢٩٧-٢٩٩.

ولو وُصِفَ له العقارُ ثمّ أبصر لا خِيار له.

ولو اشترىٰ البَصير ما لم يره ثمّ عمي، فهو كالأعمىٰ عند العقد.

ﱡﱡﱡ

فصل

(الإقالةُ[١] **جائزةٌ)**؛ لقوله ﷺ: «مَن أقال نادماً بيعتَه، أقال اللهُ عثرتَه يوم القيامة»[٢]؛ ولأنّ للنَّاسَ حاجةٌ إليها كحاجتهم إلى البيع، فتُشرع، ولأنّها ترفع العقد، فصارت كالطَّلاقِ مع النِّكاح.

---

(١) لغةً: أقلته البيع إقالة: وهو فسخه ورفعه.
وشرعاً: عقد فسخ البيع، كما في البناية ٨: ٢٢٤.
وركنُها: فهو الإيجابُ من أحدِ العاقدين والقَبول من الآخر، فإذا وُجد الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدلُّ عليه فقد تَمَّ الرُّكن.
وتنعقد بلفظين يعبّر بهما عن الماضي بأن يقول أحدهما: أقلت، والآخر: قبلت، وبكل صيغة تدلُّ على الجزم والتحقق.
وتنعقد الإقالة بكلِّ لفظٍ يُفيد معنى الإقالة كألفاظ: الفسخ، والتَّرك، والرفع، والترداد، وأعد لي نقودي، وخذ نقودك وأمثالها، ولكن بين ألفاظ الإقالة فرق، فإذا عُقِدت الإقالة بلفظ: الإقالة؛ فحكمُها في حقِّ المتعاقدين فسخٌ وفي حقِّ الغير بيعٌ جديد، أما إذا عقدت الإقالة بألفاظ: المفاسخة، أو المتاركة، أو التراد، فليست بيعاً، إنَّما فسخاً في حق الجميع، كما في البدائع ٥: ٣٠٦، ودرر الحكام ١: ١٦٥، وغيرها.
(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن أقال نادماً بيعته أقال الله عز وجل عثرته يوم القيامة» في صحيح ابن حبان ١١: ٤٠٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤١، والمعجم الأوسط ١: ٢٧٣.

(وتتوقَّف على القَبول في المجلس)(١)؛ لأنّها بمنزلةِ البَيع؛ لما فيها من معنىٰ التَّمليك، وتَصِحُّ بلفظين يُعبَّرُ بأحدِهما عن المستقبل؛ لأنّها لا يحضرها السَّوم غالباً كالنِّكاح.

وقال مُحمّدٌ ﵁: لا بُدّ من لفظين ماضيين؛ لأنّها تمليكٌ بعوضٍ كالبَيع. وجوابه: ما مَرّ.

ولا تَصِحُّ إلا بلفظِ الإقالة، فلو تَقايلا بلفظِ البيعِ كان بَيْعاً بالإجماع؛ لأنّ الإقالةَ تُنبئُ عن الرَّفع، والبيعُ عن الإثباتِ فتتنافيا.

ولا تَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ عند أبي حنيفة ﵁، وتبطُلُ عند أبي يوسف ﵁.

قال: **(وهي فَسخٌ في حقِّ المتعاقدين**(٢) **بيعٌ جديد في** ....

---

(١) شرائط صحة الإقالة:
١. رضا المتقايلين؛ لأنَّها فسخ العقد، والعقد لم ينعقد على الصحة إلا بتراضيهما.
٢. أن يكون المبيع محتملاً للفسخ بسائر أسباب الفسخ: كالردّ بخيار الشَّرط والرُّؤية والعيب، فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصحّ الإقالة.
٣. قيام المبيع وقت الإقالة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصحّ، كما في الهداية ٣: ٥٦، والبدائع ٥: ٣٠٩.

(٢) فائدة كون الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين: أنَّه يجب على البائع ردّ الثمن الأول وما سميا بخلافه يكون باطلا، فلو تقايلا ولم يسميا الثمن الأول، أو سميا زيادة على الثمن الأول، أو أنقص من الثمن الأول، أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الأول قلّ

حقّ ثالثٍ)(١) عند أبي حنيفة ﵁، فإن تَعَذَّر جعلُها فسخاً بطلت.

وقال أبو يوسف ﵁: بيعٌ جديدٌ في حقِّ الكلّ، فإن تعذَّر ففسخٌ، فإن لم يُمكن بَطَل.

وقال مُحمّد ﵁: فَسخٌ، فإن تَعَذَّرَ فبيعٌ، فإن لم يُمْكن بَطَلَ.

وقال زُفر ﵁: فسخٌ في حقِّ المتعاقدين وغيرِهما.

وصورتُه: لو تَقايلا قبل القَبْض، فهو فسخٌ بالإجماع، ويَبْطل شرط الزِّيادة والنُّقصان.

أمّا عندهما: فظاهر.

وكذا عند أبي يوسف ﵁؛ لأنّه تعذَّر جعلُه بيعاً إلا في العِقار حيث يجوز بيعُه قبل القبض عنده.

أو كثر، أو أجلا الثمن الأول، فإنَّ الإقالة تكون على الثمن الأول، وتسمية الزيادة، والنقصان، والأجل، والجنس الآخر باطلة، سواء كانت الإقالة قبل القبض أو بعدها، والمبيع منقول أو غير منقول؛ لأنَّها فسخ في حق العاقدين، والفسخ رفع العقد، والعقد رفع الثمن الأول، فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة؛ لأنَّه فسخ ذلك العقد، كما في شرح الوقاية ص٥٣٧، والشرنبلالية ٢: ١٧٩، والبناية شرح الهداية ٦: ٤٨٣.

(١) فائدة كون الإقالة بيع في حق غيرهما: أنَّه تجب الشفعة بالإقالة، فإن الشفيع ثالثهما، فإن كان المبيع عقاراً فسلَّم الشفيع الشفعة، ثم تقايلا يقضى له بالشفعة؛ لكونه بيعاً جديداً في حقّه كأنَّه اشتراه منه، كما في شرح الوقاية ص٥٣٧.

ولو تقايلا بعد القَبضِ فهو فسخٌ عند أبي حنيفة ﵁، ويلزمُه الثَّمنُ الأوَّلُ جنساً ووصفاً وقدراً، ويبطل ما شَرَطَه من الزِّيادة والنُّقصان والتَّأجيل والتَّغيير؛ لأنّ الإقالةَ رفعٌ، فيقتضي رَفْعَ الموجود، والزِّيادةُ لم تكن، فلا ترتفع إلا إذا حَدَثَ بالمبيع عيبٌ، فيجوز بأقَلَّ من الثَّمن الأَوَّل؛ لأنَّ النُّقصان في مقابلةِ العَيب.

ولو حَدَثَت الزِّيادة في المبيع كالولدِ ونحوه بعد القَبْض بطَلَت الإقالة عنده؛ لتعذُّر الفَسْخ بسبب الزِّيادة.

وعند أبي يوسف ﵁: الإقالةُ جائزةٌ بها سَميا كالبيع الجديد، وحدوث الزِّيادة بعد القَبْض لا يَمنعُ ذلك.

وعند محمّد ﵁: إن سَكَتَ أو سَمَّى الثَّمنَ الأَوَّل أو أَقَلَّ أو دَخَلَه عيبٌ فهو فسخٌ.

أمّا إذا سمَّى الأقلّ؛ فلأنّه سكوتٌ عن البَعْض، ولو سَكَتَ عن الكلِّ كان فسخاً، فكذا عن البعض.

وأمّا إذا ذَكَرَ الثمنَ الأوّلَ فظاهر.

وأمّا إذا دخله عيبٌ؛ فلما مَرّ.

وإن سميا أكثر أو خلاف الجنس أو حدثت الزِّيادة، فهو بيعٌ جديد؛ لتَعَذُّر الفَسخ.

وجه قول محمّد ﵁: أنّه فسخٌ بصيغتِه؛ لأنّ الإقالةَ تُنبئ عن الرَّفع، ومنه: أَقلني عثرتي بمعنى الرَّفع والإزالة، وفيه معنى البَيع؛ لكونه مبادلةُ

المال بالمال، فإذا أمكن العَمل بالصِّيغة يُعمل بها وإلاّ يُعمل بالمعنى، فإذا سَكَتَ أو سَمَّى الثَّمن الأوّل أو أقلّ منه أو دخله عيبٌ فقد أمكن العمل بالصِّيغة؛ لما بيّنا.

ولأبي يوسف رضي الله عنه: أنّه بيعٌ؛ لأنه مبادلةُ المالِ بالمال عن تراض، فيُعمل به إلا إذا تعذَّر، فيُعمل بالصِّيغة، وإنّما تعذَّر عنده في الإقالة في المنقول قبل القبض على ما تقدَّم.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ الإقالةَ تنبئُ عن الفَسْخِ والإزالة؛ لما بَيّنّا، فلا تحتمل معنى آخر نفياً للاشتراك، والأصلُ العملُ بحقيقةِ اللفظ، فإذا تعذَّر لا يُجعل بيعاً مبتدأ؛ لأنه ضدُّ الرَّفع فيبطل.

وأمّا كونه بيعاً في حقّ ثالث، وهو الشَّفيع، فصورته: باع دارا فسَلَّم الشَّفيع الشُّفعة، ثمّ تَقايل البائعُ والمشتري، فللشَّفيع الشُّفعةُ خلافاً لزُفر رضي الله عنه؛ لأنّ ما هو فسخٌ في حقّهما، فهو فسخ في حقِّ غيرهما: كالردّ بخيار الشَّرط.

وجوابُه: أنّ الإقالةَ نقلُ ملكٍ بإيجابٍ وقَبولٍ بعِوَضٍ ماليٍّ، وهو سببُ وجوب الشُّفعة، وهما عَبَّرا عنه بالإقالة لإسقاط حقِّه، ولا يملكان ذلك.

وكذا لو وَهَبَه شيئاً وقبضَه، فباعَه الموهوبُ له، ثُمّ تَقايلا، ليس للواهبِ الرُّجوع، ويَصير الموهوبُ له كالمشتري.

قال: (**وهلاكُ المَبيعِ يمنعُ صِحّة الإقالةِ**)[1]؛ لأنّ الفَسَخَ يقتضي قيام البيع، وهو ببقاءُ المبيع.

(**وهلاكُ بعضِه يَمنعُ بقدره**)؛ لقيام البيع في الباقي.

(**وهلاكُ الثَّمن لا يمنعُ**)؛ لقيام البَيّع بدونه.

وإن تَقايضا فهلاك أحدهما لا يَمْنعُ الإقالة؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما مبيعٌ، فيكون البيعُ قائماً، ويردُّ قيمةَ الهالك أو مثلَه؛ لأنّه إذا انفسخ في الباقي ينفسخ في الهالك ضرورةً، وقد عَجَزَ عن ردِّه، فيردُّ عوضَه.

ولو هَلَكَ العِوضان لا تَصِحُّ الإقالةُ، وتصحُّ لو هَلَكَ البَدَلان في الصَّرف، والفرقُ أنّ العَقدَ يتعلَّقُ بالعَينِ في العُروض دون الأثمان، فكذا في الإقالة، والله أعلم.

---

(١) موانع الإقالة:
١. هلاك المبيع هلاكاً حقيقياً أو حكمياً: كفرار الحصان مثلاً.
٢. حصول زيادة في المبيع متصلة غير متولدة: كصبغ سيارة.
٣. حصول زيادة في المبيع منفصلة متولدة: كولد الشاة؛ لأنَّ حصولها بعد القبض يجعل فسخ العقد متعذِّراً؛ لأنَّ تلك الزِّيادة من حقِّ المشتري شرعاً.
٤. تبدّل اسم المبيع: كما إذا اشترىٰ رجل من آخر خيوطاً، فنسجها ثوباً، فصار اسم تلك الخيوط ثوباً، فالإقالة غير صحيحة، كما في المجلة المادة ١٩٤، وشرحها درر الحكام ١٦٨-١٦٩.

باب الخِيارات

[فصل في خيار الشّرط]

(خِيار الشَّرط جائزٌ للمُتبايعين، ولأحدِهما ثلاثةَ أيّام فما دونها)، والأصلُ فيه: قوله ﷺ لحَبَّان بن مُنْقِذ ﷺ وكان يُخدع في البَياعات: «إذا ابتعت فقل: لا خِلابةَ، ولي الخيار ثلاثة أيّام»(١).

(ولا يجوز أكثر من ذلك)، وهو قولُ زُفر ﷺ.

---

(١) فعن ابن عمر ﷺ، قال: «إنَّ حَبَّان بن مُنْقِذ رجلاً ضعيفاً وكان قد سفع في رأسه مأمومة، فجعل رسول الله ﷺ له الخيار فيما اشترى ثلاثاً» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٧٣، والمنتقى ١: ١٤٦، والسنن المأثورة ١: ٢٨٣، وغيرها.
وعن ابن عمر ﷺ، قال ﷺ: «إنَّ المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً» في صحيح البخاري ٢: ٧٤٢
وعن عمر بن الخطاب ﷺ: «البيع صفقة أو خيار» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٧٢، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٥٥-٥٦: سكت عنه البيهقي ولم يعله ابن التركماني بشيء، فهو حسن أو صحيح، ... وجعله محمد بن الحسن في الحجج حديثاً معروفاً مشهوراً،... وإذا اشتهر الحديث استغنى عن الإسناد.

وقالا: يجوز إذا ذَكر مُدّةً معلومةً؛ لأنّ الخِيارَ شُرِع نظراً للمُتَعاقدين للاحتراز عن الغُبْن والظُّلامة، وقد لا يحصل ذلك في الثَّلاث، فيكون مُفَوَّضاً إلى رأيه، ومذهبُهما مَنقولٌ عن ابن عُمر رضي الله عنهما.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ الأصلَ ينفي جَواز الشَّرط؛ لما فيه من نفي ثبوت الملك الذي هو موجبُ العقد، فلا يصحُّ كسائر موجبات العَقد، وكذلك النَّصُّ يَنفيه، وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعَتَّاب بن أُسيد حين بعثه إلى مكة: «انهم عن بيع وشرط، وبيع وسَلَف»[1]، وروي أنّه صلى الله عليه وسلم «نهى عن بَيْع وشَرْط»[2]، إلا أنا عدلنا عن هذه الأُصول وقلنا بجوازه ثلاثة أيّام؛ لما رَوَينا من حديث حَبّان رضي الله عنه.

---

(١) فعمرو بن العاص رضي الله عنه، قال: قلت: «يا رسول الله، إني أسمع منك أشياء أخاف أن أنساها، أفتأذن لي أن أكتبها؟ قال: «نعم» قال: فكان فيما كتب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لما بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة قال: «أخبرهم أنّه لا يجوز بيعان في بيع، ولا بيع ما لا يملك، ولا سلف وبيع، ولا شرطان في بيع» في المستدرك٢: ٢١.
وعن ابن عباس رضي الله عنهما، قال صلى الله عليه وسلم لعتاب بن أسيد: «إني قد بعثتك على أهل الله أهل مكة، فانههم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في شرط، وعن بيع وقرض، وعن بيع وسلف» في المعجم الأوسط٩: ٢١.
وعن صفوان بن يعلى، عن أبيه، قال: «استعمل النبي صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد على مكة، فقال: إني قد أمرتك على أهل الله عز وجل بتقوى الله عز وجل، ولا يأكل أحد منهم من ربح ما لم يضمن، وانههم عن سلف وبيع وعن الصّفقتين في البيع الواحد، وأن يبيع أحدهم ما ليس عنده» في سنن البيقهي الكبير٥: ٥١٠.
(٢) فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه: «نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط» في مسند أبي حنيفة ص١٦٠، والمعجم الأوسط٤: ٣٣٥.

والحاجةُ إلى دفعِ الغُبْنِ تَنْدفعُ بالثَّلاثِ، فبقي ما وراءه على الأصلِ.

والحاجة للبائع والمشتري، فثبت في حقِّهما.

ولو شَرَطَ الخِيارَ أكثرَ من ثلاثةِ أيّام، أو لم يُبَيِّن وقتاً، أو ذكر وقتاً مجهولاً فأجاز في الثَّلاث، أو أسقطه، أو سقط بموتِه، أو أحدث فيه ما يوجب لزوم العقد ينقلب جائزاً، خلافاً لزفر ﵁؛ لأنّه انعقد فاسداً، فلا ينقلب جائزاً.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ المفسدَ لم يتصل بالعَقد؛ لأنّ الفَسادَ باليوم الرَّابع، حتى إن العَقْدَ إنّما يفسدُ بمضي جزءٍ من اليوم الرَّابع، فيكون العقدُ صَحيحاً قبله، ولأنّها مُدّةٌ ملحقةٌ بالعقد، مانعةٌ من انبرامه، فجاز أن ينبرم بإسقاطِهِ كالخِيار الصَّحيح.

وشرط خِيار الأبد باطلٌ بالإجماع.

قال: (**ومَن له الخِيار لا يفسخ إلا بحضرة صاحبه**): أي بعلمِه (**وله أن يجيز بحضرته وغيبته**)، وقال أبو يوسف ﵁: يُفسخُ بغيبتِهِ أيضاً؛ لأنّ الخِيارَ أثبت له حَقّ الإجازةَ والفَسْخَ، فكما تجوز الإجازةُ في غيبتِهِ، فكذا الفَسْخُ.

ولهما: أنّه فَسْخُ عقدٍ، فلا يصحُّ من أحدِهما كالإقالة، بخلاف الإجازة؛ لأنّها إبقاءُ حَقّ الآخر، فلا يحتاج إلى علمِه، والفَسْخُ إسقاطُ حقِّه فاحتاج

وعن أبي هريرة ﵁: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة» في سنن الترمذي ٣: ٥٣٥، وقال: حسن صحيح، وصحيح ابن حبان ١٠: ١٦١، والمستدرك ٢: ٢١، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٣، وسنن النسائي الكبرى ٤: ٣٩، وغيرها.

إليه، فإذا فسخ بغيبته، فعَلِم به في المدّة تَمَّ الفَسْخ، وإن لم يَعْلَم حتى مَضَت المُدّة تمّ العَقْدُ.

قال: (**وخِيارُ الشَّرْط لا يُورَثُ**)؛ لأنّه مشيئةٌ وتروٍّ، وذلك لا يُتَصوَّر فيه الإرث؛ لأنّه لا يَقْبل الانتقال.

أمّا خِيار العَيب؛ فلأن المشتري استحقّ المبيع سليماً، فينتقل إلى وارثه كذلك.

وأمّا خِيار التَّعيين، فإنه ثبت له ابتداءً لاختلاطِ ملك المُورِّث بملك الغير.

قال: (**ومَن اشترى عبداً على أنّه خَبّازٌ فكان بخلافه، فإن شاءَ أخذه بجميع الثَّمنِ وإن شاءَ رَدَّه**)؛ لأنّ هذا وصفٌ[1]، والأوصافُ لا يُقابلها شيءٌ

---

(١) هذا ما يسمى خيار الوصف: وهو حقٌّ يثبت إذا باع مالاً بوصفٍ مرغوبٍ، فظهر المبيعُ خالياً عن ذلك، كما لو باع بقرة على أنَّها حلوب فظهرت غير حلوب، يكون المشتري مخيّراً، أو باع فصاً ليلاً على أنَّه ياقوت أحمر فظهر أصفر، يخير المشتري.
والضَّابطُ فيه: إنَّ كلَّ وصف لا يكون فيه غرر ـ أي احتمال العدم – فاشتراطه صحيح، وإذا ظهر المبيع خالياً عنه أوجب ذلك الخيار للمشتري، فله فسخ البيع وترك المبيع للبائع؛ لأنَّ المشتري قَبِلَ المبيع بشرط أن يكون مشتملاً على الوصف المرغوب فيه، وله قَبول المبيع بجميع الثَّمن المسمّى وليس له أن يحطَّ من الثَّمن في مقابلةِ ذلك الوصف؛ لأنَّ ذلك الوصف قد دَخَلَ في المبيع تبعاً، فلا يكون للوصف حصّةً من الثَّمن(١).

من الثَّمنِ، فيأخذُه بجميعِ الثَّمَن، إلا أنّه فاتَه وصفٌ مرغوبٌ فيه مستحقٌّ بالعَقْد، فبفواتِهِ يثبتُ له الخِيار؛ لأنّه ما رَضِي بدونه كوصف السَّلامة، وعلىٰ هذا اشتراط سائر الحرف.

قال: (**وخِيار البائع لا يخرج المَبيع عن ملكه، وخِيار المشتري يُخرجُه ولا يُدخله في ملكه**)، اعلم أنّ البَيعَ بشرطِ الخِيارِ لا ينعقد في حَقِّ حكمِه، وهو ثبوتُ الملك، بل يتوقَّفُ ثبوتُ حكمِهِ علىٰ سقوط الخيار؛ لأنّه بالخِيار استثنىٰ مباشرة العقد في حقّ الحُكم، فامتنع حكمُه إلىٰ أن يسقط الخِيار.

ثمّ الخِيارُ إمّا أن يكون للبائع أو للمُشتري أو لهما، فإن كان للبائعِ فلا يخرج المَبيعُ عن ملكِه؛ لأنّه إنّما يخرج بالمراضاة، ولا رضا مع الخِيار، حتىٰ نَفَذَ إعتاق البائع، وليس للمُشتري التَّصرُّف فيه.

ولو قبضه المشتري وهَلَكَ في يدِه في مدّةِ الخيارِ، فعليه قيمتُه؛ لأنّه لم ينفذ البَيع، ولا نفاذَ للتَّصرُّف بدون الملك، فصار كالمقبوضِ علىٰ سَوْمِ الشِّراء، وفيه القيمة.

والوصف الذي لا غرر فيه: وهو ما يكون بحيث يمكن معرفته والوقوف علىٰ وجوده: ككون الشاة حلوب، فإنَّه يمكن أن يأمر البائع بحلب الشاة بيده فتظهر الصفة.
والوصف الذي فيه غرر: وهو ما لا سبيل إلىٰ معرفته، فلا يجوز اشتراطه: كبيع البقرة علىٰ أنَّها حامل، أو تحلب مقدار كذا من اللبن في اليوم، فهو غيرُ صحيح، لأنَّه لا يُعلم ما في بطن البقرة وضرعها أحمل أو انتفاخ، كما في درر الحكام ١: ٣٠٦، و شرح الآتاسي ٢: ٢٥٤.

ولو هَلَكَ في يدِ البائعِ لا شيءَ على المشتري كالصَّحيح.

ويخرج الثَّمن من ملكِ المشتري بالإجماع، ولا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لهما.

وإن كان الخِيارُ للُمشتري يخرجُ المبيعُ عن ملكِ البائع؛ لأنّ البَيعَ لزمَ من جانبه، ولا يدخلُ في ملكِ المشتري عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعندهما: يَدْخُلُ.

والثَّمنُ لا يخرجُ من ملكِ المشتري بالإجماع، ولا يملك البائعُ مطالبتَه قبل الثَّلاث.

وجه قولهما في الخلافيات: أنّه لَمّا خَرَجَ المبيعُ عن ملكِ البائعِ وَجَبَ أن يدخلَ في ملكِ المشتري؛ لئلا يصير سائبةً بغير مالك، ولا نظير له في الشَّرع.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ الثَّمن لم يخرج عن ملكه، فلو دَخَلَ المَبيع في ملكه اجتمع البدلان في ملكٍ واحدٍ، ولا نظيرَ له في الشَّرع[1]، وقضيةُ المعاوضة المساواة، ودخولُه في ملكِه ينفيها.

---

(١) أي: لم يُعْرَفْ هذا في الشَّرع، وقد عُرفَ الخروجُ عن ملكِ شخص لا إلى مالك في مسائلَ:
منها: إذا اشترى متولّي أمرِ الكعبةِ عبداً لخدمتها؛ فإنّه يخرجُ عن ملكِ مالكه، ولا يدخلُ في ملك أحد.

وإن هَلَكَ في يدِ المشتري هَلَكَ بالثَّمن.

وكذلك إن دخلَها عيبٌ؛ لأنّ بالعَيْبِ يمتنعُ الرَّدّ، والهلاكُ لا يخلو عن مقدمةِ عيب، فيهلكُ بعد انبرامِ العقدِ، فيلزمه الثَّمن.

ويُعرفُ من هذين الفَصْلين الحُكمُ فيما إذا كان الخِيار لهما لمن يتأمّله إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (**ومَن شَرَطَ الخيار لغيره جاز ويَثبتُ لهما**)، والقياسُ: أن لا يجوز، وهو قولُ زُفر ﷺ؛ لأنّه موجبُ العَقد، فلا يجوز اشتراطُه لغير العاقد كالثَّمن.

وجهُ الاستحسان: أنّه يثبت له ابتداءً، ثمّ للغير نيابةً تصحيحاً لتصرُّفه.

(**وأيُّهما أجاز جاز، وأيُّهما فَسَخَ انفسخ**)، فإن أجاز أحدُهما وفسخَ الآخرُ فالحكمُ للأَسْبَق، وإن تكلَّما معاً فالحكم للفَسْخ؛ لأنّ الخِيارَ شُرِع للفَسْخ، فهو تصرُّفٌ فيما شُرِعَ لأجلِهِ، فكان أولىٰ.

وقيل: تصرُّفُ المالك أَوْلىٰ كالموكل.

ومنها: مالُ التّركةِ إذا استغرقَه الدَّين، فإنّه يخرجُ عن ملك الميِّت، ولا يدخلُ في ملكِ الورثةِ ولا الغرماء.

ومنها: الوقف. ينظر: كمال الدراية ق٣٧٢.

قال: (**ويسقطُ الخيارُ بمضيِّ المدّةِ، وبكلِّ ما يدلُّ على الرِّضا: كالرُّكوبِ ونحوِه**).

اعلم أنّ الخِيارَ يسقط بثلاثةِ أشياء:

أحدُها: الإسقاطُ صَريحاً: كقوله: أَسقطت الخِيار أو أَبطلته، أو أَجزت البيع، أو رَضِيت به وما شابهه؛ لأنّه تَصْريحٌ بالرِّضى، فيبطل الخِيار.

والثَّاني: الإسقاطُ دلالةً، وهو كلُّ فعلٍ يوجدُ ممَّن له الخيار لا يَحِلُّ لغير المالك؛ لأنّه رضي بالملك، وذلك مثل: الرُّكوب لا يجوز لغير المالك، فإن ركبَها ليردَّها أو ليسقيها أو يشتري لها عَلَفاً، فهو على خِياره.

وكذلك إذا سَكَنَ الدَّار أو أَسكنها لدليل الرِّضى.

ولو رَكَبَ أو لَبِسَ أو استخدم، فهو على خِيارِه لحاجتِهِ إلى ذلك للاختبار، ولو أعاد ذلك بَطَلَ خِياره؛ لعدم حاجتِهِ إليه.

وكذلك كلُّ فعلٍ لا يثبتُ حكمُه في غيرِ الملك: كالبَيْع والإجارة والهِبةِ مع القَبْض والرَّهْن، والعَرْض على البيع من هذا القبيل؛ لأنّ كلَّ ذلك يدلُّ على الرِّضا بالملك.

والثَّالثُ: سقوطُ الخيار بطريق الضَّرورة: كُمضي مُدّة الخِيار وموت مَن له الخِيار، وإنّ كان الخيارُ لهما فماتا تمّ العَقْد، وإن مات أحدُهما، فالآخر على خيارِه.

ولو أُغمي عليه أو جُنّ أو نام أو سَكِر بحيث لا يعلم حتى مَضَتَ المدّة، الصَّحيحُ[١] أنّه يُسقط الخِيار.

ولو عالج الدَّابة أو عَمَّر في السَّاحة أو رَمّ شَعثَ الدَّار أو لَقَّح النَّخيل أو حَلَبَ البَقَرة بطَلَ؛ لأنّ هذه التَّصرُّفات من خصائص الملك.

(١) أقره في مجمع الأنهر٢: ٢٩، ومشى عليه في المحيط٦: ٤٩١.

فصل [في خيار الرؤية]

(ومَن اشترى ما لم يَرَه جاز، وله خِيار الرُّؤية)، معناه: إن شاء أَخَذه وإن شاء رَدَّه، وكذا إن كان الثَّمَنُ عَيْناً ولم يَرَه البائعُ.

والأَصلُ فيه: قولُه ﷺ: «مَن اشترى ما لم يَرَه، فله الخِيارُ إذا رآه»(١)؛ ولأنّه أحدُ العِوَضين، فلا تُشترطُ رؤيتُه للانعقاد كالثَّمن، ولأنّه لا يُفضي إلى المُنازعة؛ لأنّه إذا لم يرضَ به عند الرُّؤية يردُّه لعَدَم اللزوم.

وإذا جاز العَقدُ ثَبَتَ له الخِيار بالحديث، وإنّما يثبتُ الخِيار عند الرُّؤية حتى لو أَجاز البَيع قبلها لا يَلْزَم.

ولا يسقط خيارُه بصَريحِ الإسقاط قَبْلَها؛ لأنّه خِيارٌ ثَبَتَ شَرعاً فلا يسقط بإسقاطِهم(١)، بخلاف خِياري الشَّرْط والعَيْب؛ لأنّهما ثبتا بقصدِهما وشَرْطِهما.

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: قوله ﷺ: «مَن اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٦٨، وسنن الدارقطني ٣: ٤، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٢٦٨، وشرح معاني الآثار ٤: ٩، وغيرها، وينظر: إعلاء السنن ١٤: ٦١-٦٥، وغيره.

ويملكُ فسخه قَبْل الرُّؤية؛ لأنَّ الخِيارَ له.

ولا يَمْنعُ ثبوتَ الملك في البَدَلين، لكن يَمْنعُ اللُّزوم(٢)، حتى لو باعه مُطلقاً أو بشرطِ الخِيار للمُشتري أو رهنه أو وهبه وسَلَّم قَبْل الرُّؤية لزم البَيع.

ولو شُرِط الخِيار للبائع أو عَرَضه على البَيْع لا يلزم قبل الرُّؤية ويلزم بعدها؛ لأنّه لم يتعلَّق به حَقُّ الغير لكن رَضي، والرِّضى قبل الرُّؤية لا يُسْقِطُ الخِيار.

قال: (**ومَن باع ما لم يَرَه فلا خِيار له**)، وذَكَرَ الطَّحاويُّ: أنّ أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول أوّلاً له الخِيار؛ لأنّ اللُّزومَ بالرِّضى، والرِّضى بالعِلْم بأَوْصافِ البَيْع، والعِلْمُ بالرُّؤية، ثمّ رَجَعَ وقال: لا خِيار له؛ لأنّ النَّصَّ أثبته للمُشْتري

---

(١) وإنَّما يثبت شرعاً لحكمه فيه فكان ثابتاً حقاً لله جل جلاله، وما ثبت حقاً لله جل جلاله فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً؛ لأنَّه لا يملك التصرّف في حق غيره مقصوداً، لكنَّه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرّف في حق نفسه مقصوداً، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، كما في شرح الوقاية ص٥١٢.

(٢) معناه أن حكم المبيع الذي لا خيار فيه، وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع، وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال؛ لأنَّ ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط، وكان ينبغي أن يلزم إلا أنَّه ثبت الخيار شرعاً لا شرطاً، بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأنَّ الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حقّ الحكم، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٩٢.

خوفاً من تغيُّر المَبيع عَمَّا يظنُّه ودَفْعاً للغُبْن عنه، فلو ثَبَتَ للبائع لثبت خَوْفاً من الزِّيادة على ما يظنُّه من الأَوْصاف، وذلك لا يُوجب الخِيارَ.

ألا ترى أنّه لو باع عبداً على أنّه مَريضٌ، فإذا هو صَحيحٌ لزمه، ولا خِيار له؟ وقد رُوِي أنّ عثمان بن عَفَّان رضي الله عنه: «باع أرضاً بالكوفة من طلحة بن عُبيد الله رضي الله عنه، فقيل لعثمان: غُبنت؟ قال: لي الخِيار فإنّي بعتُ ما لم أَرَه، وقيل لطلحة: غُبِنت؟ فقال: لي الخِيار؛ لأنّي اشتريتُ ما لم أره، فاحتكما إلى جُبير بن مُطْعِم، فحَكَمَ بالخيار لطلحة رضي الله عنهم»(١)، وذلك بمحضر من الصَّحابة، فحكم جُبير رضي الله عنه ورجوعُهما إلى حكمِه، وعدمُ وجودِ النَّكير من أحدٍ من الصَّحابة رضي الله عنهم دلَّ على أنّه إجماعٌ منهم.

قال: (**ويَسقطُ برؤيةِ ما يُوجب العِلْم بالمقصودِ كوجهِ الآدميِّ ووجهِ الدَّابّة وكفلِها، ورؤيةِ الثَّوبِ مَطْوياً ونحوه**)؛ لأنّ رؤيةَ الجميعِ غيرُ شرط؛ لأنّه قد يَتَعَذَّرُ، فاكتفى برؤيةِ ما هو المقصود.

والوجهُ في الآدميِّ هو المقصود، ألا تَرَى أنّ الثَّمنَ يَزْدادُ ويَنقصُ بالوَجْه.

---

(١) فعن علقمة بن وقاص الليثي، قال: «اشترى طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالاً، فقيل لعثمان: غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، وقيل: لطلحة مثل ذلك، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه » في شرح معاني الآثار ٤: ٩، وقال الطحاوي: «والآثار في ذلك قد جاءت متواترة، وإن كان أكثرها منقطعاً، فإنَّه منقطع لم يضاده متصل». وينظر: نصب الراية ٤: ٤٤٣، وغيره.

وكذلك الوَجْه والكَفَل في الدَّابّة.

وأمّا الثَّوبُ فالمرادُ الثِّياب التي لا يُخالف باطنُها الظَّاهر، أمّا إذا اختلفا فلا بُدّ من رؤيةِ الباطِن، وكذلك لا بُدّ من رؤيةِ العَلَم؛ لأنّه مقصودٌ.

وفي الدَّارِ لا بُدّ من رؤيةِ الأَبنية، فإن لم يُمكن يَكتفي برُؤيةِ الظّاهر.

ولا بُدّ في شاةِ اللَّحمِ من الجَسِّ وشاةِ الدُّرِّ والنَّسل من النَّظر إلى الضِّرْع مع جميع جسدِها، واعتبر بهذا جميع المَبيعات.

قال: (**فإن تَصرَّفَ فيه تَصَرُّفاً لازماً أو تَعَيَّب في يدِه، أو تعَذَّر رَدُّ بعضِه، أو مات بَطَلَ الخِيار**)، وقد بَيَّنّاه، ولأنّه إذا تَعَذَّر رَدُّ البَعض، فردُّ الباقي إضراراً بالبائع.

وكذلك ردُّ المَعيب.

وأمّا الموتُ فلما ذكرنا أنّه دَخَلَ في ملكِه وبَقِي له خِيارُ الرُّؤية، وخِيار الرُّؤية لا يُورث.

قال: (**ولو رأى بعضَه، فله الخِيارُ إذا رأى باقيَه**)؛ لأنّه لو لزمه يكون إلزاماً للبَيع فيما لم يَرَه وأنّه خلافُ النَّصّ، كذلك الإجازةُ في البَعْضِ لا تكون إجازةً في الكلِّ؛ لما مَرّ.

ولا تصحُّ الإجازةُ في البَعْض ورَدُّ الباقي؛ لما بيّنّا.

قال: (**وما يُعْرَضُ بالأُنموذَج رُؤيةُ بعضِه كرُؤية كلِّه**)، والأَصلُ أنّ المَبيع إذا كان أشياء إن كان من العَدَديات المُتفاوتةِ كالثِّياب والدَّواب

والبَطِّيخ والسَّفَرْجَل والرُّمان ونحوه لا يَسْقط الخِيار إلا برؤية الكلّ؛ لأنّها تتفاوت.

وإن كان مَكيلاً أو مَوزوناً، وهو الذي يُعْرَفُ بالأُنموذج أو مَعْدوداً مُتقارباً كالجَوْز والبَيْض فرُؤيةُ بعضِه تُبطلُ الخِيارَ في كلِّه؛ لأنّ المَقْصودَ معرفةُ الصِّفة، وقد حَصَلَت، وعليه التَّعارف.

إلاّ أن يجدَه أردأ من الأُنموذج، فيكون له الخِيار، وإن كان المَبيعُ مُغيَّباً تحت الأَرض كالجَزَر والسَّلْجَم[1] والبَصل والثَّوم والفُجْل بعد النَّبات إن عَلِم وجودَه تحت الأرض جاز، وإلا فلا، فإذا باعه ثمّ قَلَعَ منه أُنموذجاً ورَضِي به، فإن كان ممَّا يُباع كَيلاً كالبَصَل، أو وَزْناً كالثُّوم والجَزَر بَطَلَ خِيارُه عندهما، وعليه الفَتْوىٰ للحاجة، وجَرَيان التَّعامل به.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يَبْطُل.

وإن كان ممَّا يُباع عَدَداً كالفُجْل ونحوه، فرُؤية بعضِه لا يُسقط خِيارَه؛ لما تقدَّم.

ولو اختلفا في الرُّؤية، فالقولُ للمُشتري؛ لأنّه مُنكرٌ.

وكذلك لو اختلفا في المردودِ، فقال البائعُ: ليس هذا المَبيع.

وكذلك في خِيار الشَّرط وفي الرَّدِّ بالعَيْب القولُ قولُ البائع.

---

(١) السَّلْجَم وزان جعفر معروف، وهو الذي تُسميه النَّاس اللِّفت، قال ابن السكيت والأزهري: ولا يقال بالشين المعجمة، كما في المصباح ١: ٢٨٤.

[فصل في بيع الفضولي]

قال: (**ومَن باع ملك غيره، فالمالكُ إن شاء رَدَّه وإن شاء أَجاز إذا كان المبيعُ والمتبايعان بحالهم**).

اعلم أنّ تَصَرُّفات الفُضوليّ[1] مُنْعقدةٌ مَوْقُوفةٌ على إجازةِ المالكِ؛ لصُدُورها من الأَهل، وهو الحرُّ العاقلُ البالغُ، مضافةً إلى المحلّ؛ لأنّ الكلامَ فيه، ولا ضرر فيه على المالك؛ لأنّه غيرُ مُلْزِمٍ له، وتحتملُ المَنْفعةَ، فينعقد تصحيحاً؛ لتصرُّف العاقد العاقل وتحصيلا للمنفعة المحتملة، ولما رُوِي أنّه ﷺ: «دَفَعَ ديناراً إلى حكيم بن حزام؛ ليشتري به أُضحية، فاشترى شاةً، ثم باعها بدينارين، واشترى بأحد الدِّينارين شاةً، وجاء إلى النَّبيِّ ﷺ بالشَّاة والدِّينار»[2]، فأجاز صنيعه ولم يُنكر عليه، ودعا له بالبَرَكة، وكان فُضولياً؛ لأنّه باع الشَّاةَ، واشترى الأُخرى بغير أمره.

---

(١) الفضولي: مَن يتصرّف في حق غيره بغير إذن شرعي، فخرج به الوكيل والوصي، فهو شخص أجنبي قام ببيع ملك غيره، فإنَّ بيعه منعقد، ولكن لمالك المبيع فسخ البيع أو إجازته، كما في فتح باب العناية ص٥٥٢.

(٢) فعن عن حكيم بن حزام رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ بعثه ليشتري له أضحيةً بدينار فاشترى أضحية، فربح بها ديناراً، ثم اشترى مكانه أُخرى فجاء بالأُضحية والدِّينار إلى

وكلُّ عقدٍ له مُجيزٌ حال وقوعِه يتوقَّف على إجازتِهِ، وما لا فلا[1]، حتى إن طلاقَ الفُضوليِّ وعتاقَه ونكاحَه وهبتَه لا ينعقد في حقِّ الصَّبيِّ والمَجْنون.

وينعقدُ في حَقِّ العاقلِ البالغ؛ لأنّ عند الإجازة يصير الفُضوليّ كالوكيل حتى تَرْجع الحُقوق إليه، فإنّ الإجازةَ اللاحقة كالوكالة السَّابقة، والصَّبيُّ والمجنونُ ليسا من أهل الوَكالة ولا المباشرة.

وللفُضوليِّ الفَسْخُ قبل الإجازة؛ لئلا ترجع الحقوقُ إليه، وليس له ذلك في النِّكاح؛ لأنّ الحقوقَ لا ترجع فيه إليه لما عُرِف أنّه سَفيرٌ فيه.

رسول الله ﷺ فضحى بالشَّاة وتصدَّق بالدينار» في معجم الطبراني الكبير٣: ٢٠٥، وسنن الترمذي٣: ٨٥٥.

وعن عروة البارقي رضي الله عنه قال: «دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاةً فاشتريتُ له شاتين، فبعثَ إحداهما بدينار وجئت بالشَّاة الأُخرى والدِّينار إلى النَّبيّ ﷺ، فذكر له ما كان من أمره فقال له: بارك الله لك في صفقتك» في صحيح البُخاري ٣: ١٣٣٢.

(١) أي كل عقد له مجيز حال وقوعه كالبيع والإجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي، ويتوقف نفاذُه على إجازة المالك، فإن أجازه ثبت مستنداً إلى وقت العقد، وإلا يبطل التصرف، كما في الشلبي٥: ٥١٠، وطريقة الخلاف ص٣٢٨.

وبيانه: صبي باع مثلاً ثمّ بَلَغَ قَبْلَ إجازة وليه فأجازه بنفسِهِ جاز؛ لأنّ له ولياً يُجيزه حالة العقد، بخلاف ما لو طَلَّقَ مثلاً، ثمّ بَلَغَ فأجازه بنفسه لم يجز؛ لأنّه وقت العقد لا مجيز له، فيبطل ما لم يقل: أوقعته، فيصحُّ إنشاءً لا إجازة، كما بسطه العمادي، كما في الدر المختار٥: ١٠٧.

وكذلك لو اشترى الفضولي لنفسه يقع باطلاً، أو باع من نفسه لا ينعقد؛ لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد، كما في رد المحتار٥: ١٠٨.

ولا بُدّ من وجودِ المَبيع والمتبايعين عند الإجازة؛ إذ لا بَقاء للعقد بدونهم.

والإجازة: إنفاذُ العقدِ الموقوف، ولو كان العقدُ مقايضةً يُشترط بقاء العوضين والمتعاقدين؛ لما بيَّنّا.

ﻫﻫﻫ

فصل [في خيار العيب(١)]

(مطلقُ البَيْع يقتضي سَلامة المبيع)(٢)؛ لأنّ الأصلَ ....

---

(١) خيار العيب: وهو ما بيع مطلقاً إذا بيع وفيه عيب قديم يكون فيه الخيار.
والعيب: وهو ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً.
والتعويل في تحديد العيب الموجب للخيار على عرف التجار، فما نقّص الثمن في عرفهم، فهو عيب يوجب الخيار، وما لا ينقص الثمن، فلا يعتبر عيباً يوجب الخيار.
واليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين: كما إذا قَوَّم المبيع سليماً بألف، ومع العيب بأقل، وقومه آخر مع العيب بألف أيضاً.
والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين: كما إذا قوم سليماً بألف، ومع العيب بأقل باتفاق المقومين، كما في الوقاية ص٥١٤، وتبيين الحقائق ٤: ٣١، وبدائع الصنائع ٥: ٢٧٤، ومنتهى النتقاية ص٥١٤.

(٢) ويدل على مشروعية خيار العيب أحاديث كثيرة، ومنها: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ﷺ: «مَن اشترى شاة محفلة فردها، فليرد معها صاعاً من تمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٥، وفي لفظ: «لا تصروا الغنم، ومَن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٥، والصاع من التمر كأنَّه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري، علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة.

هو السَّلامة[1]، وهو وصفٌ مطلوبٌ مرغوبٌ عادةً، والمطلوبُ عُرْفاً كالمَشْروط نصّاً.

قال: (**وكلُّ ما أَوْجَب نُقصان الثَّمن في عادةِ التُّجَّارِ فهو عَيْبٌ**)؛ لأنّ الضَّرَرَ بنقصان الماليّة وهم يعرفون ذلك، وهذا يُغني عن ذكر العُيوب وتعدادِها، وإذا عَلِمَ المشتري بالعَيْب عند الشِّراء أو عند القَبْض وسَكَت فقد رَضِي به.

وعن عائشة رضي الله عنها: «إنَّ رجلاً اشترىٰ غلاماً في زمن النبي ﷺ، وبه عيبٌ لم يعلم به، فاستغله ثم علم العيب، فردّه فخاصمه إلىٰ النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إنَّه استغله منذ زمان، فقال رسول الله ﷺ: الغلة بالضمان» في المستدرك٢: ١٨، وقال صحيح الإسناد، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣٢١، وشرح معاني الآثار ٤: ٢١.

وعن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال ﷺ: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بيَّن ما فيه، ولا يحل لَمن علم ذلك إلا بيّنه» في المستدرك٢: ١٢، وقال: صحيح الإسناد.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه: «إنَّ رسولَ الله ﷺ مَرَّ علىٰ صبرةٍ من طعامٍ فأدخل يده فيها، فنالت أَصابعه بللاً، قال: ما هذا يا صاحب الطعام، قال: أصابته السماء يا رسول الله ﷺ، قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتىٰ تراه الناس، من غشنا فليس منا» في صحيح مسلم ١: ٩٩.

(١) معناه أنَّ السَّلامةَ من مقتضيات العقد؛ لأنَّه عقد معاوضة، والمعاوضاتُ مبناها علىٰ المساواة عادةً وحقيقةً، وتحقيق المساواة في مقابلةِ البَدَل بالمبدل، والسَّلامةُ بالسَّلامة، فكان إطلاقُ العقد مقتضياً للسَّلامة، فإذا لم يَسلم المبيع للمشتري، يثبت له الخيار؛ لأنَّ المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت الخيار، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٧٤.

قال: **(وإذا اطَّلَع المشتري على عيبٍ، فإن شاء أخذ المَبيع بجميع الثَّمن وإن شاء رَدَّه)**؛ لأنّه لم يَرْضَ به، وليس له أَخذه وأَخْذُ النُّقصان إلا برضى البائع؛ لأنّ الأوصافَ لا يُقابُلها شيءٌ من الثَّمَنِ بالعَقْدِ.

وكذلك لو كان المَبيعُ مَكيلاً أو مَوْزوناً، فوجد ببعضِهِ عَيْباً ليس له أن يُمْسِكَ الجيدَ ويردَّ المَعيب، والأَصلُ في هذا أنّ المُشْتري لا يَمْلك تفريقَ الصَّفقةِ على البائع قبل التَّمام(١)؛ لما بيّنّا، ويَمْلِكُ بعده.

وخيارُ الشَّرطِ والرُّؤيةِ وعدمُ القبض يَمنع تمام الصَّفقة، وبالقَبْض تتمّ الصَّفقة، والمرادُ قبض الجميع حتى لو قَبَضَ أحدُهما ثمّ وُجِد بأحدِهما عيباً، إمّا أن يردَّهما أو يمسكَهما.

والمَكيلُ والمَوزونُ كالشَّيء الواحد، ولا يملكُ رَدّ البَعْض دون البَعْض

---

(١) مثاله: إذا اشترى شيئين ووجد بأحدهما عيباً، وكان ذلك قبل أن يقبضهما أو قبض أحدهما، فأراد أن يرد المعيب خاصّة ليس له ذلك، لما فيه من تفريق الصَّفقة على البائع قبل التمام.
ولو قبضهما رَدّ المعيب خاصّة؛ لأنّ خيار العيب لا يمنع تمام الصَّفقة لهذا القبض، فردُّ المعيب خاصّة لا يُؤدي إلى تفريق الصَّفقة على البائع من قبل التمام، وليس له أن يردها إلا برضا البائع، وهذا الجواب يستقيم في شيئين، فيستغني كلُّ واحدٍ في الانتفاع به عن الآخر، فأمّا إذا كانا شيئين لا يستغني أحدهما في الإنتفاع به عن الآخر: كزوجي الخُفّ ومصراعي الباب، وما أشبهه إذا قبضهما، ثم وَجَدَ بأحدهما عيباً ليس له أن يَرُدَّ المعيب خاصَّة؛ لما فيه من الإضرار بالبائع، فأمّا أن يردّهما أو يمسكهما، كما في المحيط٦: ٥٦٠.

لا قبل القبضِ ولا بعده؛ لأنّ تمييزَ المَعيبِ زيادةٌ في العُيُب[1]، فكأنّه عيبٌ حادثٌ، حتى قيل: لو كان في وعاءين له رَدّ المَعيبِ منهما بعد القَبْض؛ لأنّه لا ضرر.

وكذا لو اشترى زوجي خُف أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيباً قبل القبض أو بعده يردّهما أو يمسكهما، وكذا كلُّ ما في تفريقِهِ ضرر، وما لا ضرر في تفريقِهِ كالعبدين والثوبين إذا وجد بأحدِهما عيباً إن كان قبل القبض ليس له رَدّ أحدهما؛ لأنه تفريقُ الصفقةِ قبل تمامها، وإن كان بعد القبضِ يجوز؛ لأنه لا ضرر في تفريقها؛ لأنّ الصَّفقةَ قد تمَّت بالقبض، فجاز رَدّ البعض، كما لو اشترى من اثنين، واستحقاقُ البعض على هذا التَّفصيل ما يضرّه التَّبعيض، فهو عيب، وما لا فلا.

قال: (**وإن وَجَدَ المشتري عيباً وحَدَثَ عنده عيبٌ آخر رَجَعَ بنقصان العَيْب، ولا يَرُدُّه إلا برضا البائع**)؛ لأنّ من شَرْطِ الرَّدِّ أن يردَّه كما قبضَه دَفْعاً للضَّرر عن البائع، فإذا تَعَذَّرَ ذلك بأن عَجَزَ عن استيفاءِ حقِّه في الجزءِ الفائتِ، وعن الوصول إلى رأسِ مالِهِ يَثْبُتُ له حَقُّ الرُّجوعِ ببدلِ الفائت دفعاً للضَّرر عنه.

---

(١) لأنّ المكيلَ والموزونَ جُعِل كشيءٍ واحدٍ من حيث الحكم في حقِّ البيع؛ لأنّ الماليةَ والتَّقوُّمَ للمكيل والموزون يثبت بالاجتماع، فصار الكلُّ في حقِّ البيع كشيءٍ واحدٍ حكماً، ولو كان شيئاً واحداً حقيقية، بأن كان ثوباً وُجِد ببعضه عيباً، فأراد أن يَردّ المعيب خاصّة، ليس له ذلك، كذلك ههنا، كما في المحيط٦: ٥٨٠.

ونقصانُ العَيْب أن يُقَوَّمَ صَحيحاً ويُقَوَّمَ مَعيباً، فما نقص فهو حصّةُ العَيْب، فيرجع بها من الثَّمن.

قال: (**وإن صَبَغَ الثَّوبَ أو خاطَه أو لتَّ السَّويق بسَمْن ثمّ اطَّلع على عَيْب رَجَعَ بنقصانِه**)؛ لأنَّ الرَّدَّ قد تعذّر؛ لأنّه لا يُمكن الفَسْخُ بدون الزِّيادة، وهي لم تكن في العقد، فيرجع بالنُّقصان، وليس للبائع أخذُه لما فيه من الضَّرر بالمشتري.

والزِّيادةُ المُنْفَصلةُ الحادثةُ قبل القبض لا تمنعُ الرّدّ بالعَيْبِ وبعده تَمْنَعُ، وذلك مثل الوَلَد والعُقْر والأَرش والثَّمرة؛ لأنّها مبيعةٌ مُلكت بالبَيْع، وهي غيرُ مقصودةٍ ليقابلها الثَّمن؛ لأنّ الأصلَ بجميع الثَّمن، فلا يُمكن رَدُّها، فتبقى سالمةً للمُشتري بغير عِوَض وأنّه ربا، ولهذا لا يَمْلك ردَّها برضا البائع، ولو مات الوَلَد يَردُّ الأُمّ، ولو استهلكه هو أو غيره لا تردّ.

والكَسْبُ والغَلّةُ لا يَمْنَعُ وتَسْلَمُ للمُشْتري؛ لأنّها بدُل المَنْفعة، وسلامتُها لا تمنع الرَّدَّ بجميعِ الثَّمن، فكذا سَلامةُ بَدَلها.

قال: (**وإن مات الجمل رَجَعَ بنقصانِ العَيْب**)؛ لأنّه إنهاءُ للملك والامتناع من جهة الشَّرع.

قال: (**فإن قتلَه أو أَكل الطَّعام لم يَرْجع**).

أمّا القَتْلُ؛ فلأنّه وَصَلَ إليه عوضُه معنى، وهو سقوطُ الضَّمان عنه.

وأمّا الأكلُ؛ فلأنّه تَعَذَّرَ الرَّدُّ بفعل مضمونٍ منه، فصار كالقَتْل.

قالا: يرجع استحساناً؛ لأنّه عَمِل بالمبيعِ ما هو المقصودُ منه بالشِّراء والمعتادِ فيه، فصار كالإعتاق.

قُلْنا: لا اعتبار بكون الفِعْل مَقْصوداً، فإنَّ المبيعَ مقصودٌ بالشِّراء، ومع ذلك يمنعُ الرُّجوع، وعلى هذا الخلاف: إذا لَبِس الثَّوبَ حتى تَخَرَّق.

ولو أكل بعضَ الطَّعام، فكذا الجَواب عنده، وعندهما: أنه يرجع بنقصان العَيْب في الجميع، وعنهما: يَرُدُّ ما بَقِي، ويرجع بنقصان ما أَكَل؛ لأنّه لا يضرُّه التَّبعيض، وعليه الفتوى[1].

وفي كلِّ موضع كان للبائع أخذه كالعَيْب الحادث ونحوه، فباعه المشتري لم يرجع بالنُّقصان، وفي كلِّ موضع ليس له أخذه بسبب الزِّيادة فباعه المشتري رجع بالنقصان.

ومَن اشترى بِطِّيخاً أو خِياراً أو بَيْضاً أو نحوَه، فكسره فوجدَه فاسداً، فإن كان بحال لا يُنتفع به رَجَعَ بكلِّ الثَّمن؛ لأنّه ليس بمال، وإن كان يَنْتَفعُ به مع الفَساد رَجَعَ بالنُّقصان؛ لأنّه تَعَذَّر الرَّدُّ؛ لأنّ الكسرَ عَيْبٌ حادثٌ، فيرجع بالنُّقصان؛ لما بَيَّنّا.

قال: (**ومَن شَرَطَ البراءةَ من كلِّ عيبٍ، فليس له الرَّدُّ أَصلاً**)[1]؛ لأنّه إسقاطٌ، والإسقاطُ لا يفضي إلى المُنازعة، فيجوز مع الجَهالة ، ولو حَدَثَ عيبٌ بعد البَيع قبل القَبْض دخل في البراءة عند أبي يوسف خلافاً لمحمّدٍ

---

(١) ونص أن التفوى عليه في الخلاصة والنهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبى، كما في الدر المختار ورد المحتار ٤: ٨٣.

وزُفرٍ ﷺ؛ لأنّه لم يوجد وقتَ الإبراء، فلا يَتَناوله.

ولأبي يوسف ﷺ: أنّ المقصودَ سقوطُ حَقِّ الفَسْخ بالعَيْب، وذلك بالبَراءةُ عن الموجودِ والحادث.

ولو أبرأه من كلِّ غائلة، قال أبو يوسف ﷺ: هي السَّرقةُ والإباقُ والفُجورُ دون المرض؛ لأنّ الغائلةَ تختصُّ بالفِعْل.

وإن أبرأه من كلِّ داءٍ، قال أبو حنيفة ﷺ: الدَّاءُ ما في الجَوْفِ من طِحالٍ أو كَبِدٍ أو فَساد حْيضٍ، وما سوى ذلك يُسمَّى مَرَضاً، وقال أبو يوسف ﷺ:

---

(١) لأنَّ البراءة عن الحقوق المجهولة صحيحة؛ لعدم إفضائها إلى المنازعة، كما في اللباب ص٢٤٩، ودليل ذلك: عن أم سلمة رضي الله عنها، قالت: «أتى رجلان النبي ﷺ يبتذران في مواريث بينهما ليس لهما بينة، فأمرهما النبي ﷺ أن يقتسما ويتوخيا ثم يستهما وليحلل كل واحد منهما صاحبه» في المستدرك ٤: ١٠٧، وصححه، ومسند أحمد ٦: ٣٢٠، قال الكاساني في بدائع الصنائع ٥: ١٧٣: «فيه دليل على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة».

وعن ابن عمر ﷺ: «باع غلاماً له بثمانمئة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لابن عمر ﷺ: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان ﷺ، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان ﷺ على ابن عمر ﷺ أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم» في الموطأ ٢: ٦٢٣، ومصنف عبد الرزاق ٨: ١٦٢-١٦٣، وغيرهما، وصححه التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ١١٥.

هو المرض.

ولو قال برئت إليك من كلِّ عيبٍ بعينِهِ، فإذا هو أَعور، أو من كلِّ عَيْب بيدِه، فإذا هو أَقطع لا يبرأ؛ لأنّه ليس بعيبٍ بالمَحَلِّ، بل هو عدمُ المَحَلّ.

(وإذا باعه المُشتري ثمّ رَدّ عليه بعيبٍ إن قَبِلَه بقضاءٍ رَدّه على بائعِه)؛ لأنّه فَسْخٌ من الأصل، فجُعِل كأن لم يكن، وهو وإن أَنْكَر فقد صار مُكَذَّباً شَرْعاً، **(وإن قَبِلَه بغير قضاءٍ لم يردّه)**؛ لأنّه بيعٌ جديدٌ في حَقِّ ثالثٍ لوجودِ حدِّه، وهو التَّمليك والتَّملُّك.

وإن رَدَّ عليه بعيبٍ لا يحدثُ مثلُه رَدَّه عليه أيضاً؛ لأنّ الرَّدّ مُتَعيِّنٌ فيه، فيستوي فيه القضاء وعدمه.

قال: **(ويَسْقُطُ الرَّدُّ بما يَسْقطُ به خِيار الشَّرط)**، وقد ذُكِرَت فيه، وذُكِر البعضُ هنا أيضاً.

❧ ❧ ❧

فصلٌ في التَّلْجِئة

وهي في اللُّغةِ: ما أُلجئ إليه الإنسانُ بغير اختيارِه، ولما كان هذا العقدُ إنّما يُعْقَدُ عند الضَّرورة، سَمَّوه تَلْجئة؛ لما فيه من معنى الإكراه(١)، وفيه ثلاثُ مَسائل:

---

(١) بعد أن ذكر الكاساني في البدائع ٥: ١٧٦ صوره قال: «وهو تفسير الهزل»، وفي «الخانية»: «بيع التلجئة هزل»، كما رد المحتار٥: ٢٧٥، ويفصل أحكام الهزل في كتب الأصول على النحو الآتي:

الهزل: وهو أن يرادَ بالشَّيءِ غيرُ ما وُضع له ولا مناسبة بينهما؛ بأن يذكر اللفظ قصداً ولا يراد به معناه الحقيقي ولا المجازي.

والهازل لا يختار الحكم ولا يرضى به، ولكنَّه يرضى بمباشرة السَّبب، إذ التَّلفُّظ إنَّما هو عن رضا واختيار صحيح، لكنَّه غيرُ قاصد ولا راض للحكم.

وشرط الهزل المعتبر أن يكون صريحاً مشروطاً باللسان؛ بأن يذكر العاقدان قبل العقد أنَّهما يهزلان في العقد، فلا يثبت ذلك بدلالة الحال فقط.

وإن كان الهزل فيما يحتمل الفسخ: كالبيع والإجارة، فله ثلاثة صور: إما أن يكون في أصل العقد؛ بأن يتفقا في السرّ على أن يظهر البيع بحضور النَّاس، أو في مقدار الثَّمن؛

إحداهما: أن تكون التَّلْجِئةُ في نفس المَبيع، مثل: أن يخاف على سلعتِهِ ظالماً أو سُلْطاناً، فيقول: أنا أُظهر البَيْع وليس ببيع حقيقةً، وإنّما هو تَلْجئةٌ، ويُشْهِدُ على ذلك، ثمَّ يبيعُها في الظَّاهر من غير شَرْط، حكى المُعَلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ﷺ: أنّ العقدَ جائزٌ، وروى مُحمّدُ في «الإملاء»: أنّه باطلٌ، ولم يحكِ خلافاً، وهو قولُ أبي يوسف ومحمّد ﷺ.

بأن يتفقا على أصل العقد ويتواضعا أن يذكرا أمام النَّاس الثَّمن ألفين وهو في الحقيقة ألف، أو في جنس الثَّمن؛ بأن يتفقا على أصل العقد ويتواضعا على أن يعقدا بحضور النَّاس على مئةِ دينار، والعقد مئة دولار.

ولا بد في الهزل من ثلاثة مجالس: مجلس للتَّواضع، ومجلس للعقد، ومجلس للتَّوافق على أي المجلسين السَّابقين.

ويكون أربعة حالات لكلّ صورةٍ مما سبق، ففي حالةٍ يتوافقا على إرادةِ مجلس التَّواضع، وفي حالةٍ يتوافقا على إرادة مجلس العقد، وفي حالةٍ يتوافقا على أنَّه لم يتذكرا ما قالاه في مجلس التَّواضع أثناء كلامهم في مجلس العقد، وفي حالة يختلفا يقول أحدهما: أردنا مجلس التَّواضع ويقول الآخر: أردنا مجلس العقد، فيكون اثنا عشرة صورة يعتبر فيها ما تمّ الاتفاق عليه في مجلس العقد، إلا في صورتين وهما: إن اتفقا على البناء على مجلس المواضعة سواء في أصل العقد أو مقدار الثَّمن، فيفسد البيع حينئذ؛ لوجود شرط مفسد، وهو تعلّقه بمجلس آخر، هذا عند أبي حنيفة، وعندهما الثَّمن ألف؛ لأنَّ غرضه من ذكر الألف هزلاً هو المقابلة بالمبيع، فكان ذكره والسُّكوت عنه سواء، وهو رواية عن أبي حنيفة، كما في نور الأنوار ٢: ٢٩٥.

وجه الأولى: أنّهما عقدا عقداً صحيحاً، وما شَرَطاه لم يذكراه فيه، فلا يؤثر فيه، كما إذا اتفقا أن يشرطا شرطاً فاسداً، ثمّ تبايعا من غير شرط.

ووجه الثَّانية: أنّهما اتفقا على أنّهما لم يَقْصدا العَقْد، فصارا كالهازلين، فلا ينعقد.

الثَّانية: أن تكون في البَّدَل بأن يَتَّفقا على ألفٍ في السِّرِّ، ويتبايعا في الظَّاهرِ بألفين، رَوَى المُعَلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ﷺ: أنَّ الثَّمَنَ ثمنُ العَلانية، وروى محمد في «الإملاء»: أنّ الثَّمنَ ثمنُ السِّرِّ من غير خلافٍ، وهو قولُهما؛ لأنّهما اتفقا أنّهما لم يَقْصدا الألْف الزَّائدة، فكأنّهما هَزِلا بها.

وجه الأوّل: أنّ المذكورَ في العقدِ هو، والذي يصحُّ العقدُ به، وما ذكراه سرّاً لم يذكراه حالةَ العقد، فسقَطَ حكمُه.

الثَّالثةُ: اتفقا أنّ الثَّمنَ ألف درهم وتبايعا على مئةِ دينارٍ، قال مُحمّد ﷺ: القياسُ أن يبطل العَقد، والاستحسانُ أن يصحَّ بمئةِ دينار.

وجهُ القياس: أنّ الثمنَ الباطنَ لم يذكراه في العَقْد، والمذكور لم يقصداه، فسقط، فبقي بلا ثَمَن، فلا يصحّ.

وجه الاستحسان: أنّ المقصودَ البيعَ الجائز لا الباطل، ولا جائز إلا بثمن العّلانية، كأنّهما أضربا عن السِّرّ وذكرا الظاهر، وليس هذا كالمسألة الأولى؛ لأنّ المشروطَ سرّاً مذكورٌ في العقدِ وزيادةٌ، وتعلّقَ العقدُ به.

ويَثْبتُ لهما الخيار في بيع التَلْجئة؛ لأنّهما لم يَقْصدا زَوال الملك، فصار كشَرْطِ الخيار لهما، فيتوقَّف على إجازتهما.

ولو ادَّعى أحدُهما التَّلْجئةَ لم يُقبل قولُه إلا ببيِّنة؛ لأنّه يَدَّعي انفساخ العقد بعد انعقاده، ويُسْتَحْلَفُ الآخرُ؛ لأنّه مُنْكرٌ.

باب البيع الفاسد[1]

(وهو يُفيدُ الملك بالقَبض) بأَمرِ البائعِ صَريحاً أو دلالةً، كما إذا قَبَضَه في المَجلس وسَكَتَ[2]، حتى يجوزُ له التَّصرُّفُ فيه، إلا الانتفاع[3]؛ لما رُوِي أنّ عائشة رضي الله عنها: «لَمَّا أرادت أن تشتري بَريرةَ[4] فأبى مواليها أن يبيعوها

(١) وهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة، فيكون صحيحاً بأصله لا بوصفه، كما في البدائع ٥: ٢٩٩.

(٢) فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك، بأن نهاه عن القبض، أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه، هذا ما ذكره الكرخي في الرواية المشهورة، وذكر في الزيادات أنَّه يثبت؛ لأنَّه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة، كما في البدائع ٥: ٣٠٥، وأحكام المعاملات ص٤٣٨-٤٣٩.

(٣) معناه أن هذا الملك يُفيد المشتري إطلاق التَّصرُّف في ما ليس فيه انتفاع بعين المملوك: كالبيع، والهبة، والإجارة، وغيرها، وأمّا التَّصرُّف الذي فيه انتفاع بعين المملوك: كأكل الطعام، وسكنى الدار، فالصحيح أنَّه لا يحل؛ لأنَّ الثابت بهذا البيع ملك خبيثٌ، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنَّه واجب الرَّفع، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣٠٤.

(٤) وهي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضي الله عنها، كانت مولاةً لبعضِ بني

إلا بشرطِ أن يكون الوَلاء لهم، فاشترت وشَرَطَت الوَلاء لهم ثمّ أَعْتَقَتْها، وذَكَرَت ذلك لرسول الله ﷺ فأجاز العتق وأبطل الشَّرط»(١).

فالنبيُّ ﷺ أجاز العِتْقَ مع فَسادِ البَيعِ بالشَّرْط؛ لأنّ رُكنَ التَّمليك، وهو قولُه: بُعْتُ واشتريتُ صدر من أهلِهِ، وهو المكلَّفُ المُخاطبُ مُضافاً إلى محلِّه، وهو المالُ عن ولاية؛ إذ الكلام فيهما، فينعقد لكونه وسيلةً إلى المصالح، والفَساد لمعنى يُجاوره كالبيع وقت النِّداء.

والنَّهيُ لا يَنْفي الانعقاد بل يُقرِّره؛ لأنّه يَقْتَضي تَصوُّرَ المَنْهي عنه، والقُدْرة عليه؛ لأنّ النَّهيَ عَمّا لا يُتَصَوَّرُ، وعن غيرِ المَقْدورِ قَبيحٌ، إلا أنّه يُفيدُ مِلكاً خَبيثاً لمكان النَّهي.

(و)لهذا كان (**لكلِّ واحدٍ من المتعاقدين فَسْخُهُ**)؛ إزالةً للخُبْثِ ورفعاً للفَساد.

هلال، فكاتبوها ثمّ باعوها من عائشة، فاشترتها وأعتقتها، وكان اسمُ زوجها مغيثاً، فخيّرها رسول الله ﷺ بخيارِ العتقِ فاختارت فراقه، عاشت إلى خلافة يزيد. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات٢: ٣٣٢، والتقريب٦٦٢.

(١) فعن عائشة رضي الله عنها دخل عليَّ رسول الله ﷺ فذكرت له، فقال ﷺ: «اشتري وأعتقي، فإنَّ الولاءَ لَمن أَعتق، ثمّ قام النَّبيُّ ﷺ من العشي فأَثنى على الله بما هو أهلُه، ثمّ قال: ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، مَن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، وإن اشترط مئة شرط، وشرط الله أَحقّ وأَوثق» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٦.

(ويُشترطُ قيام المَبيع حالة الفَسْخ)؛ لأنَّ الفَسْخَ بدونه مُحالٌ، **(فإن باعه أو وهبه بعد القَبْض جاز)**؛ لمصادفةِ هذه التَّصرُّفات ملكَه، ومُنِع الفسخ.

وما يَحْتملُ الفَسخ يُفسخُ كالإجارة، فإنّها تُفْسَخُ بالأَعْذار، وهذا عُذْرٌ.

والرَّهنُ يَمنعُ الفَسْخَ، فإن عاد الرَّهنُ فله الفَسْخُ.

وهذا لأنّ النَّقْضَ لرفع حكمِه حَقّاً للشَّرع، وهذه التَّصرُّفات تعلّق بها حَقّ العبد، وأنّه مُقدَّمٌ لما عُرِف.

(وعليه قيمتُه يوم قبضه إن كان من ذواتِ القِيَم أو مِثْلُه إن كان مِثْلياً)؛ لأنّه كالغَصْب من حيث إنّه مَنْهيٌ عن قَبْضِه.

ولَمَّا كان هذا العَقد ضَعيفاً لمجاورتِهِ المفسدِ تَوَقَّف إفادة الملك على القبض كالهبة.

قال: **(والباطلُ[1] لا يفيدُ الملك)**؛ لأنّ الباطِلَ هو الخالي عن العِوَض والفائِدة، **(ويكون أمانةً في يدِه)**[2] يَهْلَكُ بغيرِ شَيْءٍ، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

---

(١) وهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما، فهو الذي لا يكون صحيحاً بأصله ووصفه، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣٠٥.

(٢) هذا قول أبي نصر بن أحمد الطواويسي، ورواية الحسن عن أبي حنيفة، كما ي فتح القدير ٦: ٤٤، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٧٠.

والقول الثاني: أن مضمون بالقيمة، وهذا قول شمس الأئمة السرخسي، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وقيل: هذا قولهما، ونصّ عيه الفقيه أبو الليث، وقيل: وعليه الفتوى، كما في العناية ٦: ٤٤، البدائع ٥: ٣٠٥.

وعندهما: يَهْلَكُ بالقيمة؛ لأنّ البائعَ ما رَضِي بقبضِهِ مجَاناً.

وله: أنّه لمّا باع بما ليس بمالٍ، وأَمره بقبضِه، فقد رَضِي بقبضِهِ بغيرِ بدل ماليٍّ، فلا يُضْمَنُ كالمودَع.

قال: (**وبيعُ الميتة والدَّم والخَمْر والخِنْزير والجمع بين ميتةٍ وذكيةٍ باطلٌ**).

أمّا الميتةُ والدَّمُ؛ فلأنّها ليست بمال، والبَيعُ والتَّمليك مال بمال.

وأمّا الخَمْر والخنزير فكذلك؛ لأنّهما ليسا بمال في حقّنا.

وأمّا الجمعُ بين وميتةٍ وذكيّةٍ؛ فلأنّ الصَّفقةَ واحدةٌ، والميتةُ لا يدخل تحت العَقْد لعدم الماليّة، ومتى بَطَلَ في البعض بَطَلَ في الكلّ؛ لأنّ الصَّفقة غير متجزئة.

وكذا الجمع بين دَنَّيْن أحدُهما خَلٌّ والآخرُ خَمرٌ، ومتروكُ التَّسمية كالميتة.

وإذا لم يكن الميتةُ مالاً لا يُقابلُهما شيءٌ من الثَّمن، فيبقى الذَّكيّةُ مجهولةَ الثَّمن؛ ولأنّ القَبولَ في الميتةِ شرطٌ للبَيْع في الذَّكية، وأنّه باطلٌ.

وقال أبو يوسف ومحمّد ﵄: إن سَمَّى لكلِّ واحدٍ منهما ثَمَناً جاز في الذَّكيّة كالجمع بين أُخته وأَجنبية في النِّكاح.

قُلنا: النِّكاحُ لا يَبْطل بالشُّروط المفسدة، ولا كذلك البيع.

قال: (**وبيعُ السَّمَك والطَّير قبل صيدِهما، والحَمْل والنَّتاج، واللَّبَن في الضِّرع، والصُّوف على الظَّهر، واللَّحْم في الشَّاة، وجِذْعٍ في سَقْفٍ، وثَوْب من ثَوْبَين فاسدٌ**).

أمّا السَّمكُ والطَّيرُ فلعدم الملك.

ولو كان السَّمكُ مُجتمعاً فيه أَجَمةٍ إن اجتمع بغير صنعِهِ لا يجوز؛ لعدم الملك، وإن اجتمع بصنعِهِ إن قدر على أَخْذِه من غير اصطياد جاز؛ لأنّه ملكه ويقدرُ على تسليمِه، وللمشتري خِيار الرُّؤية، وإن لم يقدر عليه إلا بالاصطياد لا يجوز.

ولو باعه ممَّن زَعَمَ أنّه عنده يجوز كبيع المَغْصوب من الغاصب.

وأمّا الحَمْلُ والنَّتاج فلنهيه ﷺ(١).

وأمّا اللَّبن في الضِّرع، فللجهالة واختلاط المبيع بغيره.

وأمّا الصُّوفُ على الظَّهر، فلاختلاط المبيع بغيره، ولوقوع التَّنازع في موضع القطع بخلاف القَصِيل(٢)؛ لأنّه يُمكن قلعُه، وقد «نهى ﷺ عن بيع

---

(١) فعن ابن عمر ﭬ، قال: «كان أهل الجاهلية يتبايعون لحوم الجزور إلى حبل الحبلة، قال: وحبل الحبلة أن تنتج النَّاقة ما في بطنها، ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم النبي ﷺ عن ذلك» في صحيح البخاري٥: ٤٣.

وعن ابن عباس ﭭ: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة» في المعجم الكبير ١١: ٢٣٠.

وعن ابن المسيب ﭬ أنَّه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنَّما نهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة، والمضامين: بيع ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: بيع ما في ظهور الجمال» في الموطأ ٢: ٦٥٤، وغيره.

(٢) القَصيل: وهو الشَّعير يُجزُّ أخضَر لعلَف الدوابِ، والفقهاء يُسَمُّون الزَرْع قبل

الصُّوف علىٰ ظَهْر الغَنَم، وعن لَبَنٌ في ضَرْعٍ، وسَمْنٍ في لَبَنٍ»[1].

وعن أبي يوسف ﷺ: أنّه يجوز قياساً علىٰ شجر الخِلَاف[2].

قُلنا: شجر الخِلاف يَنْبُتُ من أعلاه، فتكون الزِّيادة في ملك المشتري، والصَّوف ينبت من أسفله، فيحدث علىٰ ملك البائع فيختلطان.

وأمّا اللَّحمُ في الشَّاة والجِذْعُ في السَّقَف، فلا يُمكنُ تسليمُه إلا بضرر لا يُسْتَحَقُّ عليه.

إدراكه قَصيلاً، وهو مجاز، كما في المغرب٢: ١٨٣.

(١) فعن ابنِ عبّاس ﷺ قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتىٰ تطعم، ولا صوف علىٰ ظهر، ولا لبن في ضرع» في سنن الدارقطني ٣: ١٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣٤٠، وقال: تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي، وقد أرسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفاً، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣: ٦: وقد وثقه بن معين وغيره، قال البيهقي ٥: ٣٤٠: ورواه وكيع مرسلاً، وهو المحفوظ، وقال ابن حجر٣: ٦: وكذا أخرجه أبو داود أيضاً من طريق أبي إسحاق عن عكرمة، وكذا أخرجه الشافعي من وجه آخر عن بن عباس، وليس في رواية وكيع المرسلة ذكر اللبن، وأخرجه الطبراني في الأوسط من رواية عمر المذكور، وقال: لا يروىٰ عن النبي ﷺ إلا بهذا الإسناد، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٠٢: النهي عن بيع الثمرة في الصحيح رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات.

(٢) أي: شجر الصفصاف، كما في المعجم الوسيط١: ٥١٦.

وكذلك ذِراعٌ في ثَوْبٍ وحِلْيةٌ في سَيْفٍ، وإن قَلَعَه وسَلَّمَه قَبْلَ نَقْض البَيع جاز، وليس للمُشْتري الامتناع، وهذا بخلاف ما إذا باعه ذِراعاً من كِرْباس وعشرةِ دراهم من هذه النُّقْرة حيث يجوز؛ لأنّه لا ضَرَر فيه.

وأمَّا ثوبٌ من ثَوْبَيْن فلجهالة المبيع، ولو قال: على أن يأخذ أيُّهما شاء جاز؛ لعدم المنازعة.

قال: (**وبيعُ المُزابنة والمُحاقلة فاسدٌ**)؛ **لأنّه** ﷺ «نهى عنهما»(١).

والمُزابنةُ: بيعُ الثَّمر على النَّخل بتمرٍ على الأَرض مِثْلِه كَيْلاً حَزْراً.

والمُحاقلةُ: بيعُ الحِنطة في سنبلِها بمِثْلِها من الحِنْطةِ كَيْلاً حَزْراً، ولأنّه بيعُ الكيليِّ بجنسِهِ مجازفةً، فلا يجوز.

قال: (**ولو باع عَيْناً على أن يُسلِّمها إلى رأسِ الشَّهرِ، فهو فاسد**)؛ لأنّ تأجيلَ الأعيان باطلٌ؛ إذ لا فائدة فيه؛ لأنّ التَّأجيلَ شُرِعَ في الأثمان تَرْفيهاً عليه؛ ليتمكن من تحصيلِه، وأنّه معدومٌ في الأعيان، فكان شَرْطاً فاسداً.

---

(١) فعن جابر رضي الله عنه، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المُحاقلة والمُزابنة والمُخابرة» في صحيح مسلم ٣: ١١٧٤.

وعن ابن عُمر رضي الله عنهما: «إنَّ النبي ﷺ نهى عن المزابنة، بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، وبيع الزَّرع بالحنطة كيلاً» في صحيح البخاري ٢: ٧٦٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٧١، وغيرها.

قال: **(وبَيْع ناقة إلا حملَها فاسدٌ)**؛ لأنّ الحملَ بمنزلةِ طَرَفِ الحيوان؛ لاتصاله به خِلْقة، ألا تَرَىٰ أنّه يَدْخلُ في البَيع من غيرِ ذكر، فلا يجوز استثناؤه كسائر الأطراف.

(ولو باعه جملاً على يَسْتَخدمه البائع أو يقرضَه المشتري دراهم أو ثوباً على أن يخيطَه البائعُ، فهو فاسدٌ)؛ لأنّه ﷺ «نهىٰ عن بَيْع وشَرْط»(١).

والجملةُ في ذلك أنّ البيعَ بالشَّرط ثلاثة أنواع:

١. نوعٌ: البيعُ والشَّرْطُ جائزان، وهو كلُّ شَرْطٍ يقتضيه العقدُ ويلائمُه، كما إذا اشترىٰ جملاً علىٰ أن يستخدَمها، أو طَعاماً علىٰ أن يأكلَه أو دابّة علىٰ أن يركبَها.

٢. ونوعٌ: كلاهما فاسدان، وهو كلُّ شَرْطٍ لا يَقْتَضيه العَقْدُ ولا يُلائمُه، وفيه مَنْفعةٌ لأحدِ المُتَعاقدين، وهو ما مَرّ من الشُّروطِ في هذه المَسائلِ ونحوها.

٣. ونوعٌ: البَيْعُ جائزٌ، والشَّرْطُ باطلٌ، وهو كلُّ شَرْطٍ لا يقتضيه العقد، وفيه مضرّةٌ لأحدهما، أو ليس فيه منفعةٌ ولا مَضرّةٌ لأحدٍ، أو فيه منفعةٌ لغير المتعاقدين والمبيع: كشَرْط أن لا يبيع المبيع ولا يَهَبَه، ولا يَلْبَسَ الثّوب، ولا يَرْكَبَ الدَّابّة، ولا يأكلَ الطَّعام، أو علىٰ أن يقرضَ أَجْنبياً دراهم ونحو ذلك،

---

(١) سبق تخريجه فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ في مسند أبي حنيفة ص١٦٠.

فإنّه يجوز البَيْعُ ويبطلَ الشَّرْطَ؛ لأنّه لا يستحقُّه أحدٌ، فيلغو بخلوِّه عن الفائدة.

ويَنْبَني على هذه الأُصول مسائل كثيرةٌ، تُعْرَف بالتَّأمّل إن شاء الله تعالى.

قال: (**ولا يجوز بيع النَّحْل إلا مع الكُوَّارات**)، وقال مُحَمَّدٌ ﷺ: يجوز إذا كان مجموعاً؛ لأنّه حَيْوانٌ منتفعٌ به، مَقدوورُ التَّسليم، فيجوز كغيره من الحيوانات.

ولهما: أنّه لا يُنْتَفَعُ بعينِهِ، ولا بجزءٍ من أجزائِه، فلا يجوز كالزَّنابير، ولا اعتبار بما يَتَوَلَّد منه من العَسَل؛ لأنّه مَعْدوم.

أمّا إذا باعها مع الكُوَّارات، وفيها عَسَلٌ يجوز تَبَعَاً، هكذا علَّله الكَرْخيُّ في «جامعه»، ثمّ أنكر ذلك، وقال: إنّما يدخل في البَيْع بطريق التَّبع ما هو من حقوق المَبيع وأَتباعه، والنَّحْل ليس من حُقوق العَسَل وأَتباعه.

وجوابه أن يُقال: إنّ الكُوَّارات لَمّا لم يَكُن لها فائدةٌ بدون النَّحْل جُعِل النَّحْل من جملةِ حقوقِها تجوُّزاً، ألا تَرىٰ أنّه لا يجوز بيعُ الشِّرب مَقْصوداً، ويجوز تبعاً للأرض؛ لما أنّه لا انتفاع بالأَرْض بدون الشِّرْب، وأمثالُه كثيرةٌ.

قال: (**ولا دودَ القزِّ إلا مع القَزّ**)، وقال مُحمّد ﷺ: يجوز، والعِلّةُ فيه ما مَرّ من الطَّرفين في النَّحل.

وقالا : يجوز بيع بيضِه والسَّلَم فيه كيلاً في حينِه؛ لأنه بِزْرٌ يتولَّد منه ما يُنْتَفَعُ به، وصار كبِزْر البَطِّيخ.

وقال أبو حنيفة ﵁: لا يجوز بيعُه؛ لأنّه لا يُنْتَفَعُ بعينِه، وكان **محمّدُ** ﵁ يُضَمِّنُ مَن قَتَلَ دودَ القَزِّ بناءً على جَواز بيعِه، ولا يُضَمِّنُه أبو حنيفة ﵁ بناء على عدم جَوازه.

قال: **(والبَيْعُ إلى النَّيروز[1] والمهرجان وصَوْم النَّصارى وفطر اليهود إذا جَهلا ذلك فاسدٌ)**[2]؛ لأنَّ الجَهالة مُفضية إلى المُنازعة، وإن عَلِما ذاك جاز كالأَهلّة.

ولو اشترى إلى فطر النَّصارى وقد دخلوا في الصَّوم جاز؛ لأنّه معلومٌ، وقبل دخولهم لا يجوز لأنّه مجهولٌ.

قال: **(والبيعُ إلى الحَصاد والقِطاف والدِّياس وقُدُوم الحاج فاسدٌ)**؛ للجَهالة؛ لأنّها تتقدَّم وتتأخَّر.

(وإن أَسْقَطا الأجلَ قَبْلَه جاز) البيع[3]، خلافاً لزفر ﵁، وقد مَرّ في خِيار

---

(١) النيروز: أول يوم من الربيع، والمهرجان: أول يوم من الخريف، اللباب ٢: ٢٨.

(٢) معناه: تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان؛ لجهالة الأجل المفضية إلى النزاع؛ لابتناء المبايعة على المماكسة ـ أي المجادلة في النقصان ـ، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل، فتكون الجهالة فيه مفضية إلى النزاع، ومثلها يُفسد البيع، كما في الهداية ٦: ٤٥٢-٤٥٣.

(٣) أي: لو باع شيئاً بتأجيل الثمن إلى هذه الأوقات المذكورة ثم أسقط مَن له الأجل وهو المشتري هذا الأجل المفسد للبيع قبل حلوله: أي قبل الحصاد والدِّياس مثلاً، صحَّ

الشَّرط، وروىٰ الكَرخيُّ ﷺ عن أصحابنا: أنّ سائرَ البِياعات الفاسدة تنقلب جائزةً، بحذف المُفْسد.

قال: **(ومَن جَمَعَ بين جمله وجم الغير الغير جاز في جمله بحصّتِه)**، ألا تَرَىٰ أنّ الغيرَ لو أجاز البَيْع في جمله جاز.

قال: **(ويُكره البَيْع عند أذان الجُمْعة)**[1]؛ لقوله تعالىٰ: {وَذَرُوا ٱلْبَيْعَ} [الجمعة: ٩].

(وكذا بيعُ الحاضر للبادي)؛ لقوله ﷺ: «لا يَبيعُ حاضر لباد»[2]، وهو أن يجلب البادي السَّلعة، فيأخُذَها الحاضرُ ليبيعَها له بعد وقتٍ بأَغْلَىٰ من السِّعر الموجودِ وقتَ الجَلْب.

البيع؛ لأنَّ الفسادَ كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرّره، وهذه الجهالة هي شرطٌ زائدٌ لا في صلب العقد، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحاً بإسقاطِ الدرهم الزائد؛ لأنَّ الفسادَ في صلب العقد، كما في منح الغفار ق٢: ٣١/ ب.

(١) وهو البيع من الأذان الأول إلىٰ الانفضاض من صلاة الجمعة، فالأذان المعتبر في تحريم البيع، هو الأول إذا وقع بعد الزوال علىٰ المختار، كما في تبيين الحقائق ٤: ٦٩، وقال الطحاوي: الأذان الثاني، والأصح أنَّه الأذان الأول، كما في منحة السلوك ٢: ٧٠، وقال في «البحر»: هذا القول الصحيح، وقيل: العبرة للأذان الثاني الذي يكون بين يدين المنبر؛ لأنَّه لم يكن في زمنه ﷺ إلا هو، وهو ضعيف؛ لأنَّه لو اعتبر في وجوب السعي لم يتمكن من السنة القبلية، ومن الاستماع، بل ربما يخشىٰ عليه فوات الجمعة، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٣٤.

(٢) فعن ابن عباس ﷺ، قال ﷺ: «لا تَلَقَّوُا الرّكبان، ولا يبع حاضر لباد»، فقيل لابن

وكراهته لما فيه من الضَّرر بأهل البلد، حتى لو لم يضرّ لا بأس به؛ لما فيه من نفع البادي من غير تضرّر غيره.

(وكذا السَّوْمُ على سَوْم أخيه)؛ قال ﷺ: «لا يستام الرَّجل على سَوْم أخيه»(١)، وهو أن يرضى المتعاقدان بالبَيْع ويستقرّ الثَّمن بينهما، ولم يَبْقَ إلا العقد، فيَزيدُ عليه، ويَبْطُلُ بيعُه.

أمّا لو زاد عليه قبل التَّراضي يجوز، وهو المعتاد بين النَّاس في جميع البلاد والأعصار، وقد صحَّ «أنَّ النبيَّ ﷺ باع حِلْساً في بَيْع من يَزيد»(٢).

عباس رضي الله عنهما: ما قوله: لا يبع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً، في صحيح البخاري ٢: ٧٩٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٧.

وعن أنس رضي الله عنه: «نهينا عن أن يبيع حاضر لباد» في صحيح مسلم ٣: ١١٥٨.

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى أن يستام الرجل على سوم أخيه» في صحيح مسلم٣: ١١٥٥.

وعنه رضي الله عنه قال ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم أخيه» في صحيح مسلم٢: ١٠٢٩.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لا يبع أحدكم على بَيْع أخيه إلا بإذنه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٣٩، ومسند أحمد ٢: ٢١، والمعجم الأوسط ١: ١٦٣، وفي لفظ: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع أحدكم على بيع أحد حتى يذر إلا الغنائم والمواريث» في سنن النسائي الكبرى ٤: ١٤، والمجتبى ٧: ٢٥٨، والمنتقى ١: ١٤٧، مصنف عبد الرزاق ٨: ١٩٩.

(٢) فعن أنس رضي الله عنه: «إنَّ النبي ﷺ باع قدحاً وحِلْساً فيمَن يزيد» في سنن النسائي الكبرى ٤: ١٥، والمجتبى ٧: ٢٥٩، والمعجم الأوسط ٣: ١١١، ومسند أحمد ٣: ١٠٠، ومسند

(وكذا النَّجَشُ وتَلَقي الجَلَب مكروهٌ).

والنَّجَشُ: أن يَزيد في السِّلْعةِ، ولا يُريدُ شراءها؛ ليُرَغِّبَ غيرَه فيها.

وتَلَقِّي الجَلَب: أن يَتَلَقَّاهم، وهم غيرُ عالمين بالسِّعر، أو يُلَبِّس عليهم السِّعرَ ليشتريَه ويبيعَه في المصر، فإن لم يُلَبِّس عليهم، أو كان ذلك لا يضرُّ أهل المصر لا بأس به، وقد نَهَىٰ ﷺ «عن تَلَقِّي الجلب»[1]، وقال ﷺ: «لا تَناجشوا»[2].

(ويجوز البيع) في هذه المسائل كلِّها؛ لأنّ النَّهيَ ليس في معنىٰ العقد وشرائطه، بل لمعنىٰ خارج، فيجوز.

الطيالسي ١: ٢٨٥، والأحاديث المختارة ٦: ٢٤٧.

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه: «نهىٰ رسول الله ﷺ أن يتلقىٰ الجلب» في صحيح مسلم ٣: ١١٥٧.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لا يبيع بعضكم علىٰ بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتىٰ يهبطَ بها إلىٰ السوق» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٩، وفي رواية: «نهىٰ ﷺ أن تتلقىٰ السلع حتىٰ تبلغ الأسواق» في صحيح مسلم ٣: ١١٥٦.

وعن ابن مسعود رضي الله عنه، قال ﷺ: «أنَّه نهىٰ عن تلقي البيوع» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٩، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦.

(٢) فعن عن ابن عمر رضي الله عنهما: «إنَّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن النَّجَش» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦، وصحيح ابن حبان ١١: ٣٤٢.

باب التَّولية

(التَّوْليةُ[١]**: بَيْعٌ بالثَّمن الأَوَّل، والمُرابَحةُ**[٢] **بزيادةٍ، والوَضيعةُ**[٣] **بنَقِيصةٍ)**[٤]؛ لأنّ الاسمَ يُنْبِئ عن ذلك، ومَبناها على الأَمانة؛ لأنّ المشتري

---

(١) بيع التولية: وهو بيع بثمن سابق، أو بيع المشترى بثمنه، فهي أن يشترط أنَّ المبيع بالثمن الأوّل الذي اشترى به بلا فضل، فلا يكون في البيع الذي يقع بعد بيان البائع ثمن المبيع الذي اشتراه زيادة ولا نُقصان على ذلك الثمن: كما لو اشترى أحدٌ مالاً بعشرة دنانير، فباعه من آخر بعشرة أيضاً، كما في درر الحكام ١: ١١٤.

(٢) بيع المرابحة: وهو بيعٌ بثمن سابق وزيادة، أو بيع المشترى بثمنه وفضل، فهي أن يشترط المبيع بالثمن الأوّل الذي اشترى به مع فضل معلوم: كأن يقول البائع للمشتري: قد كلَّفني هذا المال مئة دينار، فأبيعه لك بمئة وعشرة دنانير، كما في درر الحكام ١: ١١٤.

(٣) الوضيعة: وهو بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم منه، فيقع بنقص في ثمن المبيع عما اشتراه به البائع: كأن يشتري شخص مالاً بعشرة دنانير فيبيعه بتسعة، كما في درر الحكام ١: ١١٤.

(٤) فعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به» في مصنف ابن أبي شيبة ٨: ٤٩، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٢٥٦: ولا خلاف في

يأتمن البائع في خَبَرِهِ معتمداً على قولِه[1]، فيَجب على البائع التَّنزُّه عن الخِيانة، والتَّجَنُّبُ عن الكَذِب؛ لئلا يقع المشتري في بَخْسٍ وغُرُور، فإذا ظَهَرَت الخِيانةُ يَرُدُّ أو يَخْتار على ما يأتيك إن شاء الله؛ لوجود شرائطها، وقد تعامَلَها النَّاسُ من لَدُنِ الصَّدْرِ الأَوَّل إلى يومنا هذا.

وقد صَحّ: «أنّه ﷺ لما أراد الهجرة قال لأبي بكر رضي الله عنه، وقد اشترى بعيرين ولِّني أحدَهما»[2]، وللنَّاس حاجةٌ إلى ذلك؛ لأنّ فيهم مَن لا يَعْرِفُ قِيمةَ الأشياءَ، فيستعين بمَن يَعْرِفُها ويَطيبُ قَلْبُه بما اشتراه وزيادة، ولهذا كان

مرسل سعيد، وفي رواية: «لا بأس بالتولية في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالإقالة في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يستوف» في مراسيل أبي داود ص١٧٨، قال الأرنؤوط: محمد بن إبراهيم البزار: ثقة، ومن فوقه من رجال الشيخين.

(١) فائدةَ هذا البيع: أنَّ الغبيَ يعتمد على فعل الذكي، فيطلب نفسه بمثل ما اشترى به هو، أو بمثله مع فضل، وهذا المعنى إنَّما يظهر في ذوات الأمثال دون ذوات القيم كالأشياء المتفاوتة كالحيوانات والجواهر؛ لأنَّ ذوات القيم قد تطلب بصورتها من غير اعتبار ماليتها، ولأنَّ قيمتها مجهولة؛ لأنَّلا يمكن معرفتها حقيقة، ومبنى هذا البيع على الأمانة، فلا يجوز بيعه مرابحة إلا إذا كان المشتري يملك ذلك البدل من البائع بسبب من الأسباب، كما في شرح الوقاية ص٥٣٨، ومجمع الأنهر ٢: ٧٤-٧٥.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها في حديث الهجرة: قال أبو بكر رضي الله عنه: «خذ بأبي أنت يا رسول الله إحدى راحلتي هاتين، قال رسول الله ﷺ: بالثمن» في صحيح البخاري ٣: ١٤١٩، وصحيح ابن حبان ١٤: ١٨٠، ومسند أحمد ٦: ١٩٨، وفي لفظ: «لا أركب

مَبْناها على الأمانة ورأس المال في المُواضَعة حَقُّه، فله أن يَحُطَّ منه.

قال: (**ولا يصحُّ ذلك حتى يكون الثَّمن الأَوَّل مِثلياً أو في ملك المشتري**)[1]؛ لأنّه يجب عليه مثلُ الثَّمن الأَوَّل، فإذا كان مِثْلياً يَقْدِرُ عليه، فكذلك إذا كان من ذواتِ القِيَم، وهو في يدِه لقدرتِهِ على أدائه، وإن لم يكن في يدِه، فهو باطلٌ؛ لأنّه يجب عليه مِثْلُ الأَوَّل، وهذا من ذواتِ القِيَم، والقِيَمُ مجهولةٌ إنّما تُعْلَمُ بالظَّنّ والتَّخمين.

بعيراً ليس لي، قال: هي لك يا رسول الله، قال: لا، ولكن بالثمن الذي ابتعتها به، قال: كذا وكذا، قال: قد أخذتها بذلك...» ذكرها ابن إسحاق في سيرته، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٥٧.

(١) شرائط عقود الأمانة:

١. أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثّاني؛ لأنَّ المرابحة بيع بالثمن الأوّل مع زيادةربح، والعلم بالثمن الأوّل شرط صحة بياعات الأمانة، فإن لم يكن معلوماً له، فالبيعُ فاسدٌ.

٢. أن يكون الرِّبحُ مَعلوماً؛ لأَنَّه بعضَ الثمن، والعلم بالثمن شرط صحة البياعات.

٣. أن يكون رأسُ المال ـ الثمن الأول ـ من ذوات الأمثال؛ كالدراهم والدنانير، والكيلي والوزني والعددي المتقارب.

٤. أن يكون العقدُ الأوَّل صحيحاً، فإن كان فاسداً لم يجز بيعُ المرابحة؛ لأنَّ المرابحة بيعٌ بالثَّمن الأوَّل مع زيادةِ ربح، والبيعُ الفاسدُ وإن كان يُفيدُ الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن؛ لفساد التسمية، كما في البحر الرائق ٦: ٧٩، والوقاية ص٥٤١، والبدائع ٥: ٢٢٠.

والثَّمَنُ الأوّلُ هو ما عَقَدَ به لا ما نَقَدَ، فإن اشترىٰ بدراهم فدفع بها ثَوْباً، فالثَّمَن دراهم.

ولا بُدّ أن يكون الرِّبحُ أو الوَضِيعةُ مَعْلوماً؛ لئلا يؤدِّي إلىٰ الجَهالةِ والمُنازعة، فلو باعه بربح: «دَهْ يازْدَه»(١)؛ لا يجوز إلا أن يعلمَ بالثَّمنِ في المجلس؛ لأنّه مجهولٌ قبله.

ولو كان المَبيعُ مِثْليّاً، فله بيعُ نصفِه مُرابحةً بحصَّتِه.

ولو كان ثوباً أو نحوَه لا يبيع جزءاً منه؛ لأنّه لا يُمكن تسليمُه إلا بضرر.

قال: **(ويجوز أن يضمَّ إلى الثَّمَن الأَوَّل أُجرةَ الصَّبغ والطِّرَاز(٢) وحَمْلِ الطَّعام والسِّمسارِ وسائقِ الغنم ويقول: قامَ عليَّ بكذا.**

ولا يَضُمُّ نفقتَه وأُجْرةَ الرَّاعي والطَّبيبَ والمُعَلِّمَ والرَّائضَ)، وأصلُه أنَّ كلَّ ما تَعارف التُّجار إلحاقَه برأس المال يُلْحَقُ به، وما لا فلا.

وقد جَرَت العادة بالقسم الأَوَّلِ دونَ الثَّاني، وما تَزْدادُ به قيمةُ المبيع أو عَيْنُه يُلْحقُ به، وأنّه موجودٌ في القَسْمِ الأَوَّلِ.

أمّا الصَّبْغُ والطِّرازُ فظاهر.

---

(١) أي العشرة بأحد عشر لم يجز إلا أن يعلم بالثمن في المجلس فيخير، كما الدر المختار ٥: ١٣٥.

(٢) الطِّرَاز: عَلَم الثوب، كما في المغرب ص٢٨٩.

وأمّا الحَمْلُ والسَّوْقُ؛ فلأنّ القيمةَ تزداد باختلاف الأمكنة، ولا كذلك القِسْم الثَّاني.

أمّا الرّاعي؛ فلأنه لم يوقع فيه فِعْلاً، وإنّما هو حافظٌ، فصار كالبَيْت.

وأجرة الطبيب نادرةٌ ولم تزدْ فيه شيئاً.

وما ثَبَتَ بالْمُعَلِّم والرَّائض لمعنىً فيه، وهو ذَكاؤه وفِطْنَتُه.

ولو ضَمَّ إلى الثَّمنِ ما لا يجوز ضَمُّه، فهو خِيانةٌ.

وكذلك إن أَمْسكَ جُزْءاً من المَبيع أو بَدَّله أو كَتَم وَصَفَ الثَّمَن أو الأَجَل فيه، أو عَيْباً بفعلِه أو فعل غيره.

ولو عابَ بآفةٍ سَماويةٍ، فليس بخِيانةٍ.

ولو كَتَمَ أُجرةَ المَبيع أو غَلَّتَه، فليس بخيانةٍ.

ولو اشتراه ممَّن لا تُقبلُ شهادتُه له لا يَبيعُه مُرابحةً، حتى يُبيِّن عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لهما.

ولو اشتراه ممَّن له عليه دَيْنٌ بدينِهِ لم يُبيِّن بالإجماع.

لهما في الخلافية أنّهما مُتباينان في الأَملاك فصارا كالأَجنبيّ.

وله: أنّ المنافع بينهم متحدةٌ، فكأنّه اشتراه من نفسِهِ، ولأنّ العادةَ جاريةٌ بالتَّسامح والمُحاباة بين هؤلاء في المعاملات، فيجب البَيان كما لو اشتراه من عبدِه.

قال: (**فإنْ عَلِمَ بخِيانةٍ في التَّوْليةِ أَسْقَطَها من الثَّمن**)، وهو القياس في الوَضعية.

(**وفي المُرابَحةِ إن شاء أَخَذَه بجميع الثَّمَن، وإن شاء رَدَّه**) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يَحُطُّ فيهما، وحِصَّة الخِيانةِ من الرِّبح[1].

وقال محمّدٌ رضي الله عنه: يُخيَّر فيهما؛ لأنّه فاته وصفٌ مَرْغوب في الثَّمن، فيَتَخَيَّر كوصف السَّلامة.

ولأبي يوسف رضي الله عنه: أنه بَيْعٌ تعلَّق بمِثْل الثَّمن الأَوّل، فإنّه يَنْعَقِدُ بقوله: ولَّيتُك بالثَّمَن الأَوَّل، وبِعْتُك مُرابحةً أو مُواضعةً على الثَّمَن الأَوَّل، وقَدْر الخِيانة لم يكن في الثَّمن الأَوَّل فيُحَطُّ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: إنّ إثباتَ الزِّيادة في المُرابحة لا تُبْطل معناها، إلا أنّه فاته وصفٌ مَرْغوبٌ كما قال مُحمّد رضي الله عنه فيُخَيَّر، وإثبات الزّيادة يُبْطِلُ معنى التَّولية، فتلغو التَّسْمية وتُحَطُّ الزّيادةُ تحقيقاً لمعنى التَّوليّة.

---

(١) بيان الحط في المرابحة على قول أبي يوسف: إذا باع ثوباً بعشرة على ربح خمسة، ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية، فإنّه يحطُّ قدر الخيانة من الأصل، وهو الخمس، وذلك درهمان، وما قابله من الرِّبح، وهو درهمٌ، فيأخذ الثَّوب باثني عشر درهماً، كما في الجوهرة١: ٢١٠، والبحر٦: ١٢٠.

ومعنى قوله: «وهو القَياسُ في الوَضِيعةِ»: أي إذا خان خيانةً تنفي الوَضيعة، أمّا إذا كانت خِيانةً توجدُ الوَضِيعةُ معها فهو بالخيار، وهذا على قياس قول أبي حنيفة ﵁، وقياس قول أبي يوسف ﵁ يَحُطّ فيهما، ومُحمّد يُخَيِّرُ فيهما.

ﷺ ﷺ ﷺ

بابُ الرِّبا

وهو في اللُّغة(١): الزِّيادةُ، ومنه الرَّبْوَة للمَكان الزَّائد على غيره في الارتفاع.

وفي الشَّرع(٢): الزِّيادةُ المشروطةُ في العَقْد، وهذا إنّما يكون عند المقابلةِ بالجِنْس. وقيل: الرِّبا في الشَّرع: عبارةٌ عن عقدٍ فاسدٍ بصفةٍ سَواءٌ كان فيه زيادةٌ أو لم يكن، فإنَّ بَيْعَ الدَّراهم بالدَّنانير نسيئةً رباً ولا زيادةَ فيه.

والأصلُ في تحريمِهِ قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}[البقرة: ٢٧٥]، وقوله: {لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا}[آل عمران: ١٣٠]، والحديث المشهور، وهو قوله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهب مثلاً بمِثْلٍ وَزْناً بوَزْنٍ يَداً بيدٍ، والفَضْلُ رباً، والحِنْطةُ بالحِنْطةِ مثلاً بمِثْلٍ كَيْلاً بكَيْلٍ يَداً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والشَّعيرُ

---

(١) لغةً: من ربا بمعنى زاد، قال جل جلاله: {وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلاَ يَرْبُو عِندَ اللَّهِ}[الروم: ٣٩]، وسمي المكان المرتفع ربوة؛ لزيادته على سائر الأماكن ارتفاعاً، وينسَب إليه فيقال: رِبوي ـ بالكسر ـ، ومن الأشياء الرِّبوية، وفتح الراء خطأ، كما في المغرب ص١٨٢

(٢) اصطلاحاً: فضلٌ خال عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة، كما في اللباب٢: ٣٧، والملتقى ص١١٩.

بالشَّعير مِثْلاً بِمثْل كَيْلاً بكَيْل يَدَاً بيدٍ، والفَضْلُ رباً، والتَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بمِثْلٍ، كَيْلاً بكيلٍ يَدَاً بِيَدٍ، والفَضْلُ رباً، والملح بالملح مثلاً بمِثْل كَيْلا بكَيْل يداً بيدٍ، والفَضْل رباً»[1].

وأجمعت الأَمّةُ على تَعَدِّي الحُكم منها إلى غيرها إلا ما يُروَى عن عثمان البَتِيّ[2] ....

(١) فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضل ربا، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والفضل رباً، والتمر بالتمر مثلا بمثل، والفضل رباً، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، والفضل رباً، والملح بالملح مثلاً بمثل، والفضل رباً» ، وفي رواية: «الذهب بالذهب وزناً بوزن يداً بيد، والفضل رباً، والحنطة بالحنطة كيلاً بكيل يداً بيد، والفضلُ رباً، والتمر بالتمر، والملح بالملح كيلاً بكيل، والفضل رباً» في مسند أبي حنيفة ص١٩٦، والآثار لأبي يوسف ص١٨٣.
وعن ابن مسعود رضي الله عنه، قال ﷺ: «لعن آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٩٩، ومسند أبي عوانة ٣: ٣٩٥، وجامع الترمذي ٣: ٥١٢، وصححه، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٦٢، ومصنف عبد الرزاق ٦: ٢٦٩، وغيرها.
وعن عبد الله بن حنظلة رضي الله عنه، قال ﷺ: «درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية» في مسند أحمد ٥: ٢٢٥، ومسند البزار ٨: ٣٠٩، وسنن الدارقطني ٣: ١٦، والأحاديث المختارة ٩: ٢٦٧.
(٢) وهو عثمان بن مسلم البَتِّي البصري، أبو عمرو، قال الذهبي: هذا هو الذي كتب إلى أبي حنيفة في شان الإرجاء وكان بينهما مكاتبات، فكتب له أبو حنيفة رسالة بيَّن فيها أنّ المضيِّعَ للعمل لم يكن ميضيِّعاً للإيمان، وساق الأدلة على ذلك. قال ابن حجر:

وداودِ الظَّاهريّ[١]، ولا اعتماد عليه.

قال: (**وعلّتُه عندنا الكَيْل أو الوَزْن مع الجِنْس**)؛ لقوله ﷺ في آخر الحديث: «وكذلك كلُّ ما يُكال ويُوزن»[٢] رواها مالكُ بن أنس ومحمّدُ بنُ

صدوق عابوا عليه الإفتاء بالرأي، (ت١٤٣هـ). ينظر: التقريب ص٣٢٧، والميزان٥: ٦٨.

(١) وهو داود بن علي بن خلف الأَصْبَهَانِيّ، أبو سليمان، الملقَّب بالظَّاهري، وسُمِي بذلك لأخذه بظاهر الكتاب والسنة وإعراضه عن التأويل والرأي والقياس، وعرف بالأصبهاني لأن أمه أصبهانية، وكان عراقياً، (٢٠١-٢٧٠هـ). ينظر: الميزان٣: ٢٦-٢٨، ووفيات٢: ٢٥٥-٢٥٧.

(٢) فعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا ربا إلا في ذهب أو فضة أو مما يكال أو يوزن ويؤكل ويشرب» في سنن الدارقطني٣: ٤٠٠.

وعن سعيد بن المسيب: «لا ربا إلا في ذهب، أو فضة. أو ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب» في الموطأ٤: ٩١٨.

وعن إبراهيم رضي الله عنه أنَّه قال: «أسلم ما يُكال فيما يوزن، وأسلم ما يوزن فيما يُكال، ولا تسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن، وإذا كان نوعاً واحداً مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يداً بيد، ولا خَيْرَ فيه نسيئة» في الآثار لأبي يوسف ١: ١٨٦.

وعن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما: «إنَّ رسولَ الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ ـ وهو نوع جيد من أنواع التمرـ، فقال: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ فقال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجَمْعَ ـالرديء

إسحاق الحَنْظلي بيّن أنّ العِلَّة هي الكيل والوَزْن، وقوله ﷺ: «لا تَبيعوا الصَّاع بالصَّاعين، ولا الصَّاعين بالثَّلاثة»[١].

وهذا عامٌّ في كلِّ مكيلٍ سواءٌ كان مَطْعوماً أو لم يكن، ولأنَّ الحكمَ متعلِّقٌ بالكَيل والوَزْن، إمّا إجماعاً، أو لأنّ التَّساوي حقيقةً لا يُعْرَف إلا بهما.

وجعل العِلّة ما هو مُتَعلِّقُ الحكم إجماعاً، أو مُعرِّف للتَّساوي حقيقةً أولى من المصير إلى ما اختلفوا فيه، ولا يُعْرَفُ التَّساوي حقيقةً، ولأنّ التَّساوي والمُماثلةَ شرطٌ؛ لقوله ﷺ: «مِثْلاً بمِثْلٍ»[٢]، وفي بعض الرِّوايات:

أو الخليط من التمر ـ بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً، وكذلك في الميزان» في صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٦٧.

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصَّاع بالصَّاعين فإني أخاف عليكم الرما، والرما هو الربا، فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت الرّجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل، قال: لا بأس إذا كان يداً بيد» في مسند أحمد ٢: ١٠٩، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٠٥، ١١٣: رواه الطبراني في الكبير، وفيه أبو جناب، وهو ثقة، ولكنَّه مدلس، والمراد ما يحلّ الصاع؛ إذ لا يجري الرِّبا في نفس الصاع، وهو عام فيما يحله، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٦.

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «التمرُ بالتمر، والحنطةُ بالحنطة، والشعيرُ بالشعير، والملحُ بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمَن زاد أو استزاد فقد أربى، إلاّ ما اختلفت ألوانه» في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

«سَواءٌ بسَواءٍ»[1]، أو صيانةً لأموال النَّاس، والمماثلة بالصُّورة والمعنى أتمّ، وذلك فيما قُلْناه؛ لأنّ الكَيْلَ والوَزْن يوجبُ المُماثلةَ صُورةً، والجِنْسيّةُ تُوجِبُها معنى، فكان أَوْلى.

وهذا أَصْلٌ ينبني عليه عامّةُ مَسائل الرِّبا، فنذكُرُ بعضَها تَنْبيهاً على الباقي لَمن يتأمّلها، منها:

لو باع حَفْنةَ طعام بحَفْنتين، أو تُفّاحةً بتفاحتين يجوز؛ لعدم الكيل والوَزْن.

ولو باع قَفيزَ جِصٍّ أو نُوْرَة بقفيزين أو رَطْلَ حديدٍ برَطْلين لا يجوز؛ لوجود العلّة، وهو الكَيْل أو الوَزْن.

وإذا ثَبَتَ أنّ العِلّة ما ذَكَرنا؛ (**فإذا وُجِدا حَرُمَ التَّفاضل والنَّساء**) عملاً بالعِلّة، (**وإذا عُدِما حَلّا**)؛ لعدم العِلّة المُحَرِّمة، ولإطلاقِ قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ}[البقرة: ٢٧٥].

(**وإذا وُجد أحدُهما خاصّة حَلَّ التَّفاضلُ وحَرُمَ النَّساء**)[1]، أمّا إذا وُجد المعيارُ وعُدِمَ الجنسُ كالحنطة بالشَّعير والذَّهب بالفِضّة، فلقوله ﷺ: «إذا

---

(١) فعن عبادة بن الصَّامت رضي الله عنه: «نهى ﷺ عن بيع الذَّهب بالذَّهب، والفضّة بالفضّة، والبرّ بالبر، والشَّعير بالشَّعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمَن زاد أو ازداد، فقد أربى» في صحيح البخاري ١١: ٣٩٠، وصحيح مسلم ٣: ١٢١٠.

(١) أنواع الربا:
الأول: ربا الفضل: وهو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال، فيخرج بالتعريف: فضل غير المتجانسين: كرطل من قمح برطلين من شعير؛ لأنَّ فيه عوض لصرف الجنس إلى خلاف الجنس.
وعلته: القدر مع الجنس، ومعنى القدر: أي الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، فيحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً: كالجص من المكيلات، والحديد من الموزونات.
الثاني: ربا النسيئة: هو بيع ما وجد فيه الجنس أو القدر بلا قبض، أو القرض المشروط فيه الأجل وزيادة مال على المستقرض، والمقصود بالقبض هو الحقيقة في الصرف، وفيما يتعين بالتعيين هو تعيينه..
وعلّته: وهي الجنس أو القدر؛ لأنَّ اجتماعهما حقيقة العلة، فيكون لأحدهما شبهة العلة، فيحرم بحقيقة العلّة حقيقة الفضل ـ وهو القدر ـ؛ لأنَّه تفاضل حقيقة، ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل، وهو النَّساء؛ لأنّه يشبه الفضل، فليس بتفاضل حقيقة إعمالاً للدليل بقدره.
ويحرم النَّساء بالجنس والقدر وإن كان مع التَّساوي: كمئة كيلو قمح بمئة كيلو قمح أحدهما حال والآخر مؤجل ـ أي نسيئة ـ.
ويحرم النَّساء فقط بالجنس كبيع قلمين بقلم بلا قبض: أي تعيين، أو بالقدر: كبيع مئةٍ كيلو قمح بمئةِ كيلو شعير بلا قبض: أي تعيين.
ويحلُّ النَّساء بعدم الجنس والقدر كبيع فرس بمئةِ دينارٍ فلا يُشترط القبض؛ لعدم العلّة الموجبة للحرمة، كما في تبيين الحقائق ٤ : ٨٨، و شرح الوقاية ص٥٤٥.

اختلف الجنسان، ـ ويروى: «النوعان»[1] ـ، فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد»[2].

وأمّا إذا وُجدت الجنسية وعُدِم المِعْيار كالهَرَويِّ بالهَرويِّ، فإنّ المُعَجّل خيرٌ من المؤجَّل، وله فَضْلٌ عليه، فيكون الفَضْل من حيث التَّعجيل رباً؛ لأنّه فضلٌ يُمكن الاحتراز عنه، وهو مَشْروطٌ في العَقْد فيَحْرُمُ.

قال: **(وجيدُ مال الرِّبا ورديئه عند المُقابلة بجنسِهِ سَواء)**؛ لقوله ﷺ: «جيدُها ورديئها سَواء»[3]، ولأنّ في اعتباره سَدَّ باب البِياعات فيَلْغو.

قال: **(وما وَرَد النَّصُّ بكيلِه، فهو كيليٌّ أبداً، وما وَرَدَ بوزنه فوزنيٌّ أبداً)** اتباعاً للنَّص[4]، وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنّه يُعْتَبرُ فيه العُرْف أيضاً؛ لأنّ النَّصّ

(١) وردت لفظة: «اختلف النوعان» في المعجم الكبير١: ٣١٩، والآثار١: ١٨٧. وينظر: نصب الراية٤: ٤، والدراية٢: ١٤٧.

(٢) فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١، وسنن أبي داود٣: ٢٤٨

(٣) سبق تخريجه بمعناه عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما: «إنَّ رسولَ الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ ـ وهو نوع جيد من أنواع التمر ـ فقال: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ فقال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجَمْعَ ـ الرديء أو الخليط من التمر ـ بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً، وكذلك في الميزان» في صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٦٧.

(٤) نلاحظ من لفظ هذا الحديث وغيره عدم التَّنصيص على عدم جواز بيعها مكايلة،

وَرَدَ علىٰ عادتهم[١]، فتعتبر العادة، وما لا نَصَّ فيه يُعْتَبرُ فيه العُرْف؛ لأنّه من الدَّلائل الشَّرعيّة.

قال: (**وعَقْدُ الصَّرْفِ يُعْتَبَرُ فيه قبضُ عِوَضيه في المجلس**)؛ لقوله ﷺ:

وإنّما ورد النَّص بجواز بيعها متساوية، وهذه الأصناف الأربعة طريقة تقديرها في ذلك الزمان هي الكيل، فكان الكيلُ هو الوسيلة؛ لتحقيق المساواة التي طلبها الشَّارع، ولمّا كانت هذه الطَّريقة هي الشَّائعة في ذلك الزَّمان، ولم يُعرف غيرها في التقدير في هذه الأصناف وجدنا أبا حنيفة ومحمداً اقتصروا عليها كأداة وحيدة للتقدير في هذه الأصناف، ولم يعتبروا غيرها؛ لقوّة العرف في ذلك.

ويدل علىٰ صحة هذا الفهم الخلاف في المسألة مع أبي يوسف، فلو كانت النّصوص جازمة بأنّها مكيلة أو موزونة لما خالف أبو يوسف فيها، ولم يحصل من خلاف عند المذاهب الأخرىٰ في علة الربا فيها، حيث لم يعتبروا الكيل والوزن، وإنما اعتبروا معاني أخرىٰ الطعم والادخار، فكلّ هذا دلّ علىٰ أنها مسألة فهم واجتهاد، وليست مسألة نصّ جازم لا يجوز لنا تركه، كما يُفهم من كلام الشَّرّاح المنقول.

(١) فالبحث فيها هل النص مقصود بنفسه أو معلل، فعند أبي يوسف: معلل، وعندهما: غير معلل، فالمسألة ليست مسألة نصّ وعرف، بحيث يُترك أحدهما للآخر؛ لأنه لم يكن العرف يزاحم النصّ أصلاً؛ لأنّ الأحكام الشَّرعية لا تؤخذ إلا من الشارع الحكيم، ولا تؤخذ مطلقاً من العرف، وإنما يراعىٰ العرف عند تطبيق الحكم الشرعي من الله ﷻ، فيكون العرف معرف ومرشد لصلاحية الحكم بتوفر علّة النصّ وعدم توفرها، وليس البحث أبداً في منافسة بين حكم الشارع وحكم العرف؛ لأنّ الحكم لا يكون إلا من الشارع، والعرف يساعدنا في فهمه وتطبيقه لا غير.

«الفِضّة بالفِضّة هاء وهاء، والذَّهب بالذَّهب هاءٌ وهاءٌ»[١]: أي يداً بيد.

(وما سواه من الرَّبويات يَكفي فيه التَّعيين)؛ لأنّه يتعيّن بالتَّعيين ويتمكّن من التَّصرُّف فيه، فلا يُشترط قبضه كالثِّياب بخلاف الصَّرْف؛ لأنّ القَبْضَ شَرْطٌ فيه للتَّعيين، فإنّه لا يتعين بدون القَبْض على ما يأتي إن شاء الله تعالى، ومعنى قوله ﷺ: «يداً بيد»[٢]: أي عيناً بعين، وهو كذلك في رواية ابن الصَّامت رضي الله عنه.

قال: **(ويجوز بَيْعُ فِلْسٍ بفِلْسَين بأعيانهما)**، وقال محمّد رضي الله عنه: لا يجوز؛ لأنّهما أثمانٌ، فصارت كالدَّراهم والدَّنانير، وكما إذا كانا بغير أَعْيانهما.

ولهما: أنّ ثمنيَّتهما بالاصطلاح، فيبطل به أَيضاً، وقد اصطلحا على إبطالها؛ إذ لا ولاية عليهما في هذا الباب، بخلاف الدَّراهم والدَّنانير؛ لأنّها خُلِقَت ثَمَناً، وبخلاف ما إذا كانا بغير أَعيانهما؛ لأنّه بَيْع الكَالئ بالكَالئ، وهو مَنْهِيٌّ عنه[٣].

---

(١) فعن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء» في صحيح البخاري٣: ٦٨، وصحيح مسلم٣: ١٢٠٩.

(٢) سبق تخريجه قبل أسطر عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه في صحيح مسلم٣: ١٢١.

(٣) فعن ابن عمر رضي الله عنهما: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» في سنن الدارقطني ٣: ٧١، والموطأ ٢: ٧٩٧، وشرح معاني الآثار ٤: ٢١، والمستدرك ي٢: ٦٥، وصححه الحاكم، وقال الدارقطني: ليس في هذا حديث يصح، لكنَّ إجماع الناس على أنَّه لا يجوز بيع دين بدين، كما في تلخيص الحبير ٣: ٢٦.

قال: (**ولا يجوز بَيْعُ الحِنْطةِ بالدَّقيق ولا بالسَّويق ولا بالنِّخالة، ولا الدَّقيق بالسَّويق**)، والأصلُ فيه: أنّ شبهةَ الرِّبا وشبهةَ الجِنْسيّة مُلْحقةً بالحقيقةِ في باب الرِّبا احتياطاً للحُرْمة، وهذه الأشياءُ جنسٌ واحدٌ نظراً إلى الأصل، والمخلصُ هو التَّساوي في الكَيْل، وأنّه مُتَعَذِّرٌ لانكباس الدَّقيق في المِكيال أكثر من غيره، وإذا عُدِم المَخْلَصُ حَرُمَ البَيْع.

وكذا لا تجوز المَقَليّةُ بغير المَقْلِيّة ولا بالسَّويق والدَّقيق، ولا المَطْبوخةُ بغير المَطْبوخة؛ لتَعَذُّر التَّساوي بينهما بفعل العبد، وفِعْلُه لا يُؤثر في إسقاطِ ما شُرِطَ عليه.

ويجوز بيعُ المَبْلولة بمِثْلِها وباليابسةِ، والرَّطْبة بمِثْلِها وباليابسة؛ لأنّ التَّفاوتَ بينهما بصنع الله تعالى فيجوز.

وأمّا المَبْلولةُ؛ فلأنّها في الأصل خُلِقت نَدِيّةً، فالبِلُّ يُعيدُها إلى ما خُلِقت عليه كأنّها لم تتغيَّر، فصارت كالسَّليمةِ بالمُسَوِّسةِ[1]، والعَلِكة[2] بالرَّخْوة.

وقال أبو يوسف ومُحمّد رضي الله عنهما: يجوز بيعُ الدَّقيق بالسَّويق؛ لأنّهما جِنسان نَظَراً إلى اختلاف المقصود، وجوابُه ما بَيَّنا، ولأنّ مُعْظَمَ المَقْصود التَّغذِّي، وهو يشملُهما.

---

(١) الحنطةُ المسوسة المدودة يُقال: سوّس الطَّعام إذا دوَّد من السُّوس، كما البناية٦: ٢٦٥.

(٢) الحنطة العَلِكة الجيدة، وقال ابن دريد: طعام علك تبين المضغة، وهي التي تكون كالعلك من صلابتها بتمدِّد من غير انقطاع، كما في البناية٦: ٢٦٥.

ويجوز بيعُ هذه الأَشْياء بعضُها ببعض متماثلاً للتَّساوي.

ويجوز بَيْعُ الخُبز[1] بالدَّقيق والحِنطة كيف كان؛ لأنّه عدديٌّ أو وزنيٌّ بكيليّ، وكذلك إذا كان أحدُهما نسيئةً والآخرُ نَقْداً، وفي هذه المسائل اختلافٌ وتَفْصيلٌ، والفَتْوى على ما ذكرته.

قال: (**ويجوز بيعُ الرُّطب بالرُّطب وبالتَّمر مُتَماثلاً**)، وكذا التَّمرُ بالبُسْر والرُّطب بالبُسْر؛ لأنّ الجِنْسَ واحدٌ باعتبار الأصل، قال ﷺ: «التَّمرُ بالتَّمر مِثْلاً بمثل»[1]، وصار كاختلاف أنواع التَّمر.

---

(١) أي: خرج من أن يكون مكيلاً، فصار عددياً أو موزوناً، والبر والدقيق مكيل بالنص، فلم يجمعهما القدر ولا الجنس، فلا توجد علة الربا، وهذا إذا كانا نقدين، أي: حكمُ الجوازِ إذا لم يكن أحدُ البدلين الذين هما الخبز والبرّ، أو الخبز والدَّقيق نسيئة، وإن كان الخبزُ نسيئةً والبرُّ والدقيقُ نقداً، فيجوزُ إذا ذكر وزناً معلوماً ونوعاً معلوماً، وبه يفتى؛ لحاجةِ النَّاسِ إليه، لكن ينبغي أن يحتاطَ وقت القبض، حتى يقبضَ من الجنسِ الذي سمّى؛ لئلا يصير مستبدلاً بالمُسَلَّم فيه قبل القبض، أو كان البرُّ أو الدقيق نسيئةً والخبزُ نقداً، فيجوز؛ لأنَّه أسلمَ موزوناً في مكيل يمكنُ ضبطُ صفتِهِ ومعرفةُ مقدارِه. وجوازه نسيئة عند أبي يوسف رضي الله عنه، ونص في الوقاية ص٥٤٧ على أنَّه مفتى به، وفي التبيين ٤: ٩٥: لا يصح نسيئة على الأصح؛ لما ذكر ابن رستم رضي الله عنه في نوادره: أنَّ على قول أبي حنيفةَ ومحمّد رضي الله عنهما لا يصحُّ السلمُ في الخبزِ لا وزناً ولا عدداً؛ لأنَّه يتفاوتُ بالعجن والنضج، ويكون منه الثقيلُ والخفيف؛ ولهذه العلَّةِ أفسد أبو حنيفةَ رضي الله عنه استقراضه؛ لأنَّ السلمَ أوسعُ باباً من القرض، حتى جازَ السَّلمُ في الثياب، ولم يجزِ القرضُ فيها، كما في كمال الدراية ق٤١٢-٤١٣.

وقال أبو يوسف ومحمّد ﭬ: لا يجوز بِيْعُ الرُّطَب بالتَّمر؛ لما رُوي أنّه ﷺ سُئِل عنه فقال: «أوينقصُ إذا جَفَّ؟ قالوا: نعم، قال: لا إذاً»(٢)؛ ولأنّ الرُّطب يَنْكَبس أكثر من التَّمر.

ولأبي حنيفة ﭬ: ما رُوِي أنّه لما دَخَل العِراق سُئل عن ذلك، فقال يجوز؛ لأنّ الرُّطبَ إن كان من جنس التَّمر جاز؛ لقوله ﷺ: «التَّمرُ بالتَّمر مِثْلاً بمِثْل»، وإن لم يكن تمراً جاز؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النَّوعان فبيعوا كيف شئتم»، ورَدَّ ما روياه من الحديث، وقال: مداره على زيد بن عياش، وهو ضعيفٌ(٣)، ....

(١) سبق تخريجه في حديث ابن الصامت ﭬ في صحيح مسلم ٣: ١٢١١.

(٢) فعن زيد أبي عياش ﭬ: «سمعت رسول الله ﷺ سئل عن الرُّطب بالتَّمر، فسأل من حوله أينقص إذا جفّ؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذاً» في المستدرك ٢: ٤٤.

(٣) قال ابن الهمام في فتح القدير٧: ٣٩: «المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش، وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي، قال الإمام الزيلعي المخرج: ليس ذلك بصحيح. قال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الدورقي، ويقال المخزومي، ويقال مولى بني زهرة المدني: ليس به بأس».

وفي البناية ٨: ٢٨٨: «قال الأترازي: ونقلوا التضعيف عن أبي حنيفة، ولكن لم يصحّ ضعفه في كتب الحديث، فمَن ادعى فعليه البيان.

وقال الكاكي: وفي «المبسوط»: دخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة، وكانوا أشداء عليه؛ لمخالفته الخبر، فقال: الرّطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو لا إلى آخره، فأوردوا عليه حديث سعد ﭬ فقال: مداره على زيد بن عياش، وهو ممن لا يقبل

حتىٰ قال عبد الله بن المبارك ﵁ (١): كيف يُقال: إنّ أبا حنيفة ﵁ لا يَعْرِفُ الحديث، وقد عَرَفَ مثل هذا الإسناد، ولأنّه باع التَّمر بالتَّمر؛ لأنّ الرُّطبَ تمرٌ، قال ﷺ لَمَّا أهدي له رُطبٌ من خيبر: «أكل تمر خيبر هكذا» (٢)؟.

وقوله: «الرُّطب يَنْكَبِسُ أكثرَ من التَّمر»، قُلنا: هذا التَّفاوتُ نشأ من الصِّفات الفَطْرية، وأنّه موضوعٌ عنا فيما شُرط عَلَينا من رعاية المُماثلة؛ لأنّه جاء من قبل صاحب الحقّ، وقد تَعَذَّر الاحترازُ عنه، بخلافِ ما إذا جاء من جهة العبد علىٰ ما مَرّ آنفاً.

قال: (**ويجوز بَيْع اللَّحم بالحيوان**)، وقال مُحمّد ﵁: لا يجوز إذا باعه بجنسِه إلا بطريق الاعتبار، وهو أن يكون اللَّحْمُ المُفْرَزُ أكثرَ من اللَّحْم الذي في الشَّاةِ؛ ليكون الفاضل بالسَّقْط تحرُّزاً عن الرِّبا، وهو زيادةُ السَّقط، وصار كالزَّيت بالزَّيتون.

حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن، حتىٰ قال ابن المبارك: كيف يقال أبو حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه.
وقال الأكمل: سلمنا قوته في الحديث يعني قوة زيد بن عياش، لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور».

(١) وهو عبد الله بن المبارك بن واضح الحَنْظَلي بالولاء التَّميمي المروزي، أبو عبد الرحمن، وقال الذهبي: كان رأساً في الذكاء، رأساً في الشجاعة والجهاد، رأساً في الكرم، وقال الفزاري: ابن المبارك إمام المسلمين، من مصنَّفاته: «الجهاد»، و«الرَّقائق»، (١١٨-١٨١هـ). ينظر: وفيات٣: ٣٢٣٤، والعبر١: ٢٨٠-٢٨١.

(٢) سبق تخريجه قبل أسطر في صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٦٧.

ولهما: أنّه باع مَوْزوناً بعدديٍّ، ولا يُعرف ما فيه من اللَّحْم بالوَزْن؛ لأنّ الحيوانَ يُخفِّفُ نفسَه في الميزان مَرّةً ويُثقلُها أُخرىٰ، بخلاف الزِّيت والزَّيتون؛ لأنّ ذلك يُعرف عند أهل الخُبْرة به فافترقا.

قال: (**ويجوز بيع الكِرْباس بالقُطْن**)؛ لاختلاف الجنس باعتبار المقصود والمعيار، ولا خلاف فيه.

والقُطْنُ بالغَزْل يجوز عند مُحمّد رضي الله عنه؛ لما ذكرنا[1]، خلافاً لأبي يوسف رضي الله عنه للمجانسة، والفتوىٰ[2] علىٰ قول مُحمّد رضي الله عنه.

قال: (**ولا يجوز بَيْعُ الزَّيت بالزَّيتون، ولا السِّمْسِم بالشَّيْرَج، إلا بطريق الاعتبار**) تَحَرُّزاً عن الرِّبا وشبهتِه[3].

---

(١) اختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساوياً، فقيل: لا يجوز؛ لأنّ القطنَ ينقص بالغزل، فهو نظير الحنطة بالدَّقيق، وقيل: يجوز؛ لأنّ أصلَهما واحدٌ، فكلاهما موزون، وإن خرجا عن الوَزْن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحدٍ باثنين، كذا في «فتاوىٰ قاضي خان»، وبيع الغَزْل بالثَّوب جائزٌ، والكرباس بالقطن جائز، كيفما كان بالإجماع، كما في العناية٧: ٣٤.

(٢) ورجحه في مجمع الأنهر٢: ٨٧، والبحر٦: ١٤٤، وفي الحاوي، والتنوير٥: ١٨١: وهو الأصح.

(٣) ليكون قدره بمثله، والزائد بالثَّجير؛ لاتحاد الجنس بينهما معنىٰ باعتبار ما في ضمنهما، وإن اختلفا صورة، فيثبت بذلك شبهة المجانسة، والربا يثبت بالشبهة، فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم، ولو

وكذلك كلُّ ما شابهه كالعِنَبِ بدِبْسِهِ، والجَوْز بدُهْنِهِ، وأمثاله.

واللَّحمان أَجناسٌ مختلفةٌ يجوز بَيْعُ بعضُها ببعضٍ مُتَفاضلاً حتى لا يُكمَّلُ نصابُ بعضِها من الآخر، إلا أنّ البَقَرَ والجَوَاميسَ جِنْسٌ، والمعزُ والضّأنُ جنسٌ، والبَخْتُ والعِرابُ جِنْسٌ.

وكذلك الألبانُ.

والشَّحْمُ والأَلْيَةُ جنسان، وشَحْمُ الجَنْب لحمٌ، ويُعرف تمامُه في الأيمان.

قال: (**ولا ربا بين المسلم والحربيّ في دار الحَرْب**)[1] خلافاً لأبي يوسف رضي الله عنه، وعلى هذا القمار؛ لأنّ الرِّبا والقمار حرامٌ، ولا يُحِلُّ في دارهم كالمستأمن في دارنا.

لم يعلم أنَّ الخالص أكثر لا يجوز؛ لأنَّ المتوهم في الربا كالمتحقق، كما في شرح الوقاية ص٥٤٨، وتبيين الحقائق ٤: ٩٦.

فعن جابر رضي الله عنه: «إنَّه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر» في صحيح مسلم ٣: ١١٦٢، والمستدرك ٢: ٤٤.

وعن عمر رضي الله عنه: «إنَّ آخر ما نزل من القرآن آية الربا، وإنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قبض ولم يفسرها، فدعوا الرِّبا والريبة» في مسند أحمد ١: ٣٦، ٤٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٦٤، وقال الكناني في المصباح ٣: ٣٥: رجاله ثقات.

(١) فعن مكحول رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: «لا ربا بين أهل الحرب»، وأظنه قال: «وبين أهل الإسلام»، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٣٨٦: أخرجه البيهقي، وهو حديث مرسل، والمرسل حجة عندنا، وجهالة بعض المشيخة غير مضر؛ لأنَّ تلك الجهالة

بالنسبة إلينا لا بالنسبة إلى المجتهد؛ ولأنَّ مال الحربي ليس بمعصوم، بل هو مباح في نفسه، وقد طَيَّبَ نفسَ الكافر بما أعطاه، إلا أنَّ المسلم المستأمن منع من تملُّكه من غير رضاه؛ لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا بدَّله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى، فكان الأخذَ استيلاءً على مال مباح غير مملوك، وإنَّه مشروع مفيد للملك، كالاستيلاء على الحطب والحشيش، كما في المبسوط ١٤: ٥٩، والبدائع ٥: ١٩٢.

إذا تمهَّد لك ما سَبَقَ فلا تَغْتَرَ بجوازِ ذلك في عصرنا؛ لأنَّ كبار علماء الحنفية قالوا بعدم جواز العقود الفاسدة بين المسلم والحربي في دار الكفر؛ لكثرة ما يترتب عليها من الضرر الظاهر؛ لأنَّ كثيراً من البلاد الكافرة يتوطَّن فيها آلاف، بل ملايين من المسلمين، ويقيمون فيها إقامة دائمة، ويلحقهم ضرر عظيم بالتعاملات الربوية وغيرها، كما أنَّ أموالَ المسلمين صارت في بنوكِ الغربيين فيتقوُّون بها علينا.

بسبب ذلك وغيره تظافرت فتاوى كبار علماء المذهب بالفتوى على قول أبي يوسف ﵁، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٤١٤: «فلا شك في كون التوقي عن الربا ولو مع الحربي في دار الحرب أحسن وأحوط وأزكى وأحرى خروجاً من الخلاف، وهو الذي ذهب إليه شيخنا حكيم الأمة، وأفتى به، واختاره ترجيحاً لقول أبي يوسف والجمهور ﵃».

وأجاب العثماني في بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٣٤٦ عن شراء منزل أو سيارة أو غيرها من البنوك الربوية في أوروبا وأمريكا، فقال: «إنَّ المعاملة المذكورة غير جائزة؛ لاشتمالها على الربا الحرام شرعاً، وينبغي للمسلمين وعددهم غير قليل أن يجتهدوا لإيجاد بدائل هذه المعاملة الموافقة للشريعة الإسلامية، بأن يكون البنك نفسه هو البائع بتقسيط، ويزيد في ثمن البيوت وغيرها عن الثمن المعروف، فيشتريها من الباعة، ويبيعها إلى زبائنها بربح مناسب، وينبغي أن تطرح هذه المسألة على لجنة مستقلة تكون

ولهما: أنّ مالَهم مباحٌ، إلا أنّه بالأمان حَرُمَ عليه التَّعرُّض بغير رضاهم تحرُّزاً عن الغَدْر ونَقْضِ العَهد، فإذا رضوا به حَلّ أَخْذُه بأيِّ طريق كان، بخلاف المستأمن؛ لأنّ مالَه صار محظوراً بالأَمان.

قال: (**ويُكره السَّفاتج**)، وهو قَرْضٌ استفاد به المقرضُ أَمْن الطَّريق؛ لقوله ﷺ: «كلُّ قَرْض جَرّ مَنْفعةً فهو ربا»[1].

وصورته: أنّ يُقرضَه دَراهم على أن يعطيَه عِوضها في بلدِه أو على أن يحميه في الطّريق.

❊ ❊ ❊

لتخطيط نظام البنوك اللاربوية لتنظر في تفاصيلها».

وقال البرهاني في هامش الدرر المباحة ص٧٣: «إنَّ المقيمين اليوم من المسلمين في بلاد الحرب... لا يَحِلّ لهم التعامل مع الحربيين بأي شكل...».

(١) فعن علي ﷺ قال ﷺ: «كلُّ قرض جر نفعاً فهو ربا» في مسند الحارث ١: ٥٠٠، ضعّفه المناوي في فيض القدير ٥: ٢٨، وجعله العزيزي في السراج المنير ٣: ٨٦ حسناً لغيره، وعن فضالة بن عبيد الله ﷺ موقوفاً: «كل قرض جر منفعة فهو جوه من وجوه الربا» في سنن البيهقي الكبير ٥: ٣٥٠، وغيره، قال اللكنوي في الفلك المشحون: «وهو وإن كان مُتَكَلَّماً فيه سنداً لكنه تأَيَّدَ بآثارِ الصَّحابةِ وعَمَلِ الأئمة».

بابُ السَّلم

وهو في اللُّغة[1]: التَّقديم والتَّسليم، وكذلك السَّلف.

---

(١) لغةً: سلف في كذا، وأسلف وأسلم: إذا قدَّمَ الثمن فيه، كما في المغرب ص٢٣٢.
واصطلاحاً: هو بيع الشيء على أن يكون ديناً بالشرائط المعتبرة شرعاً.
فهو أخذ عاجل بآجل، وسمِّي هذا العقد به؛ لكونه معجّلاً على وقته، كما في شرح الوقاية ص٥٥٣، وتبيين الحقائق ٤: ١١٠.
ومقوماته: مُسَلَّمٌ فيه: وهو المبيع، ورأس المال: وهو الثمن، ومُسَلَّم إليه: وهو البائع، ورب السَّلم: وهو المشتري، كما في شرح الوقاية ص٥٥٣.
وشرائط السلم:
الأول: شرائط رأس المال خاصة:
١. بيان جنسه؛ كدراهم، أو دنانير، أو حنطة، أو تمر.
٢. بيان نوعه؛ كما إذا كان في البلد نقود مختلفة فنقول: دينار أردني.
٣. بيان صفته؛ كجيد، أو وسط، أو رديء.
٤. بيان قدره، إذا كان مما تعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات.
٥. أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم، وهذا شرط بقاء السلم.
٦. بيان مكان إيفاء الثمن إن كان لحمله مؤنة.
ثانياً: شرائط المسلم فيه خاصة:

وهو في الشَّرع: اسمٌ لعقدٍ يُوجبُ الملكَ في الثَّمن عاجلاً، وفي المُثْمَّن آجلاً.

وسُمّيَ به لما فيه من وجوبِ تَقْديم الثَّمَن.

وقال القُدُوريّ: السَّلَم في لُغة العَرَب: عَقْدٌ يتضمَّن تعجيلُ أَحَد البَدَلين وتأَجيل الآخر، وهو نَوْع من البَيْع، لكن لما اختصّ بحُكْمٍ، وهو تعجيلُ الثَّمن اختصّ باسم، كالصَّرف لما اختصَّ بوُجُوبِ تَعْجيل البَدَلين اختصّ باسم.

---

١. أن يكون معلوم الجنس: كحنطة أو شعير أو تمر.

٢. أن يكون معلوم النوع: كتمر إماراتي أو عراقي.

٣. أن يكون معلوم الصفة: كجيد، أو وسط، أو رديء.

٤. أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن أيدي الناس.

٥. أن يكون مما يمكن أن يضبطَ قدرَه وصفتَه بالوصفِ على وجهٍ لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوتٌ يسير.

٦. أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل.

٧. أن يكون ممّا يتعيّن بالتَّعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين: كالدَّراهم.

٨. أن يكون مؤجلاً، حتى لا يجوز السَّلَم في الحال.

٩. أن يكون مؤجَّلاً بأجل معلوم.

١٠. بيان مكان إيفائه إذا كان له حملٌ ومؤنةٌ، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢١٥، وشرح الوقاية ص٥٥٧.

وهو عقدٌ شُرِع على خلافِ القِياس؛ لكونه بَيْع المَعْدوم، إلا أنا تركنا القياس بالكِتاب والسُّنّة والإجماع.

أمّا الكتاب فقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ}[البقرة : ٢٨٢] قال ابنُ عَبَّاس: «أشهد أنَّ الله تعالى أَجاز السَّلَم وأَنْزَل فيه أطول آية في كتابه وتلا هذه الآية»[1].

وأمّا السَّنّة قوله ﷺ: «مَن أَسْلَمَ منكم، فَلْيُسْلِّم في كَيْل مَعْلومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلومٍ، إلى أَجَلٍ مَعْلومٍ»[2].

ورُوِي أنّه ﷺ «نَهَى عن بَيْع ما لَيْسَ عند الإنسان»[3]، و«رَخَّصَ في السَّلم»[4].

---

(١) فعن أبي حسان، قال ابن عباس رضي الله عنهما: «أشهد أنَّ السلف حسنة إلى أجل مسمى، قد أحلَّه الله في الكتاب، وأذن فيه، قال الله عز وجل: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} [البقرة: ٢٨٢]» في المستدرك ٢: ٣١٤، وصححه، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٨، والمعجم الكبير ١٢: ٢٠٥.

(٢) فعن ابن عباس رضي الله عنهما، قال ﷺ: «مَن أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٦، وصحيح البخاري ٢: ٧٨١.

(٣) فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه، قال: «يا رسول الله، يأتيني الرَّجل فيُريد مني البَيْع ليس عندي أفأبتاعه له من السُّوق؟ فقال: لا تَبِع ما ليس عندك» في سنن أبي داود٣: ٢٨٣، وسنن الترمذي٣: ٤٢٦، وسنن ابن ماجة٢: ٧٣٧.

(٤) ورد بمعناه في أحاديث السلم، ومنها: عن ابن أبي أوفى رضي الله عنه، قال: «إنا كنا نسلف

وعليه الإجماع.

ويُسمَّى بَيْع المَفاليس شُرِع لحاجِتهم إلى رأسِ المال؛ لأنّ أغلبَ مَن يَعْقِدَه مَن لا يكون المُسَلَّمُ فيه في ملكه؛ لأنّه لو كان في مُلْكِهِ يَبِيعُه بأَوْفَر الثَّمنين، فلا يحتاج إلى السَّلَم.

ويَنْعَقِدُ بلفظِ: السَّلَم، وهو أن يَقول: أَسْلَمْتُ إليك عَشْرةَ دَراهم في كُرّ حِنْطةٍ؛ لأنّه حقيقةٌ فيه.

وبلفظ السَّلف أيضاً؛ لأنّه بمعناه.

وبلفظ: البَيْع في رواية الحَسَن ﷺ؛ لأنّه نَوْعُ بَيْع، وفي رِوايةِ: «المجرد»: لا، والأوَّل أصحّ[1].

قال: (**كلُّ ما أَمْكنَ ضَبْطُ صِفَتِه ومَعْرفةُ مِقْدارِه جاز السَّلَم فيه**)؛ لأنّه لا يؤدِّي إلى المُنازعة، (**وما لا فَلا**)؛ لأنّه يكون مَجْهولاً فيؤدِّي إلى المُنازعة، وهذه قاعدةٌ يُبْتَنَي عليها أكثرُ مَسائل السَّلَم.

ولا بُدّ من ذِكْر بعضِها ليعرف باقيها بالتَّأمّل فيها فنقول:

يجوز في المَكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة: كالجوز والبَيْض؛ لأنّه يُمكن ضَبْطُ صِفَتِهِ ومَعْرفةِ مِقْداره.

على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر ﷺفي الحنطة والشعير والزبيب والتمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٥.

(١) واختاره في البدائع٥: ٢١١، وهو الأصح كما في البحر ٣: ٤٦٨، والمحيط والتبيين، كما في الشرنبلالية٢: ١٩٤.

ولا يجوز في العَدَديات المُتَفاوتة كالبَطِّيخ والرُّمان وأَشباههما.

ولا في الجَوْهَر والخَرَزِ؛ لأنّه لا يُمكن فيه ذلك.

ويجوز في الطَّسْت[1] والقُمْقُم[2] والخُفَّين ونحوها؛ لما ذكرنا.

ولا يجوز في الخبز؛ لتفاوته تَفاوتاً فاحشاً بالثَّخانة والرِّقّة والنُّضج، ويجوز عندهما، وهو المُختار[3]؛ لحاجة النَّاس.

ولا يجوز استقراضه عند أبي حنيفة؛ لتفاوته عدداً من حيث الخِفّة والثِّقل، ووزناً من حيث الصَّنعة.

وعند أبي يوسف ﷺ: يجوز وَزْناً لا عَدَداً؛ لأنّ الوَزْن أعدل[4].

---

(١) الطَّسْت: لفظ مُعَرَّب، إناء كبير مستدير يوضع فيه الماء للغُسل، كما في معجم الفقهاء١: ٢٩١.

(٢) القُمْقُم: لفظ مُعَرَّب جمع قماقم، ما يُسخن فيه الماء من نحاس عادة، ويكون ضيق الرأس، كما في معجم الفقهاء١: ٣٧٠.

(٣) جوازه نسيئةً هذا عند أبي يوسف، ونص في الوقاية ص٥٤٧، على أنَّه مفتى به، وفي التبيين ٤: ٩٥: لا يصح نسيئة على الأصح؛ لما ذكر ابن رستم في نوادره: أنَّ على قول أبي حنيفةَ ﷺ ومحمّد ﷺ لا يصحُّ السلمُ في الخبزِ لا وزناً ولا عدداً؛ لأنَّه يتفاوتُ بالعجن، والنضج، ويكون منه الثقيلُ والخفيف؛ ولهذه العلَّةِ أفسد أبو حنيفةَ استقراضه؛ لأنَّ السلمَ أوسعُ باباً من القرض، حتى جازَ السلمُ في الثياب، ولم يجزِ القرضُ فيها، كما في كمال الدراية ق٤١٢-٤١٣.

(٤) في الوقاية: «ويستقرضُ الخبزَ وزناً لا عدداً عند أبي يوسف، وبه يُفْتَى».

وعند مُحمَّد: يجوز بهما، وهو المختار[1]؛ لتعامل النَّاس به وحاجتُهم إليه.

قال: (**وشرائطه: تسميةُ الجِنس والنَّوع والوَصْفِ والأَجل والقَدْر، ومكانِ الإيفاء إن كان له حملٌ ومؤونةٌ، وقدرِ رأسِ المالِ في المكيل والمَوْزونِ والمَعْدودِ، وقَبْضِ رأسِ المال قَبْل المُفارقة**)؛ لأنّ بذكر هذه الأَشياء تُنفىٰ الجَهالة وتُقطع المنازعة، وعند عدمها يكون المُسْلَّم فيه مجهولاً، فتُفْضِي إلىٰ المُنازعة.

فالجِنْسُ: كالحِنْطةِ والتَّمْر.

والنَّوْعُ: كالبَرْنِي، والمَكْتوم في التَّمر، وفي الحِنْطة كسَهْلِيّة وجَبَلِيَّةِ.

والوَصْف: كالجَيِّدِ والرَّديء.

والأَجل: كقوله: إلىٰ شَهْر ونحوه، وهو شَرْط، قال ﷺ: «إلىٰ أجل معلوم»[2]، ولما بَيَّنا أنّه شُرِع دَفْعاً لحاجة المفاليس، فلا بُدّ من التَّأجيل ليَقْدِرَ علىٰ التَّحْصيل.

وتقديرُه إلىٰ المُتعاقدين، ذَكَرَه الكَرْخيّ رضي الله عنه، وعن الطَّحاويِّ رضي الله عنه: أقلُّه ثلاثةَ أيام، رَواه عن أصحابنا[1] اعتباراً بمُدّة الخِيار، ورَوَىٰ عنهم[2]: لو شَرَطَ

---

(١) اختار صاحب التنوير ص١٣٦ رأي محمد، واستحسنه ابن الهمام في فتح القدير٦: ١٧٦، وأقرّه صاحب الشرنبلالية٢: ١٨٩، وقال صاحب الدر المختار٤: ١٨٧: وعليه الفتوىٰ، وابن عابدين في رد المحتار٤: ١٨٧.

(٢) سبق تخريجه قبل أسطر.

نصفَ يوم جاز؛ لأن أَدْنىٰ مُدّة الخِيار لا تتقدَّر، فكذلك أجل المسلم، وعن محمّد ﷺ: شَهْر، وهو الأَصَحّ[٣]؛ لأنّه أَدْنىٰ الآجل، وأقصىٰ العاجل.

وأمَّا القَدْرُ: فقوله: كذا قَفِيزاً، وكذا رَطْلاً، وهو شَرْطٌ؛ لقوله ﷺ: «فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعلوم ووَزْنٍ مَعْلون»[٤].

وأمّا مَكانُ الإيفاء، فقولنا في مكان كذا، وإنّما يُشترط إذا كان له حِمْلٌ ومؤونة.

وقالا: لا يُشْترط ويُوفيه في مكانِ العقدِ؛ لأنّ مكان العقد متعيّن؛ لعدم المُزاحمة كما في البَيْع، وكما فيما لا حَمْل له.

وله: أنَّ التَّسليمَ غيرُ واجبٍ في الحال، وإنّما يجب إذا حَلَّ الأجل، ولا يدرىٰ أين يكون عند حلولِه، فيحتاج إلىٰ بيان موضع الإيفاء قَطْعاً للمُنازعة، ولأنّ القيمة تختلف باختلاف الأماكن، بخلاف البَيْع؛ لأنّه يوجبُ التَّسليم في الحال، ولا منازعة فيما لا حمل له.

وعلىٰ هذا الخِلافِ الأُجْرةُ والثَّمنُ إذا كان له حِمْلٌ، والقِسْمةُ وهو أن

---

(١) وهو ما ذكرَهُ أحمد بن أبي عمرانَ البغداديِّ ﷺ أستاذُ الطحاويِّ ﷺ عن أصحابنا: اعتباراً بخيارِ الشرط، وليس بصحيح، فأمّا أدناه فغيرُ مقدَّر، كما في العناية٦: ٢١٨.

(٢) قائله أبو بكر الرزاي، كما في المبسوط١٢: ١٢٧.

(٣) وعليه الفتوىٰ، كما في فتح القدير٦: ٢١٩، ورد المحتار٥: ٢١٥.

(٤) سبق تخريجه قبل أسطر.

يزيد على أحد النَّصيبين شيئاً له حِمْلٌ ومؤونةٌ، وإذا شَرَط مكاناً يتعيّن عَملاً بالشَّرْط.

وأمَّا ما ليس له حِمْلٌ ومؤونةٌ: كالمِسْكِ والكافور ونحوهما لا يُشْتَرط ذلك بالإجماع، وهل يتعيَّنُ مكان العَقْد؟ عنه روايتان، الأَصحُّ[1] أنّه يتعيّن.

ولو شَرَط له مكاناً، قيل: لا يتعيَّن؛ لعدم الفائدة، وقيل: يتعيّن للفائدة؛ لأنّ قيمة العَنْبر في المصر أكثر منها في السَّواد، ولأنّ فيه أَمْن خَطَر الطَّريق.

وأمَّا بَيان قدر رأس المال، فمذهب أبي حنيفة، وقالا: يكتفي بالإشارة؛ لأنّه يصيرُ مَعْلوماً بها، وصار كالثَّوْب إذا كان رأس المال.

له: أنّه يُفْضي إلى المُنازعة؛ لأنّه رُبّما يجدُ بعضها زُيوفاً، وقد أَنْفق البَعْضَ فيَرُدُّه، ولا يستبدل في المجلس، وفي المِثْليات يَنْقسمُ المُسَلَّم فيه على قدر رأس المال، فيَنْتَقِضُ السَّلَم بقدرِ ما رَدّ، ولا يَدْري قَدْر الباقي، فيُفْضي إلى المُنازعة، والموهومُ في هذا العَقدِ كالمُتَحقِّق لشرعيَّتِه على خلاف القياس، بخلاف الثَّوْب؛ لأنّ العَقْدَ لا يتعلَّقُ على مِقْداره.

وعلى هذا إذا أَسْلَم في جنسين ولم يُبَيِّن رأس مال كلِّ واحدٍ منهما، أو أَسلم الدَّراهم والدَّنانير ولم يُبَيِّن مقدار أحدهما.

وصُورة المسألة أن يقول: أَسْلَمت إليك هذه الدَّراهم في كُرِّ حِنْطة ونَحْوه، أو أَسْلمت إليك هذه الدَّراهم العَشْرة، وهذه الدَّنانير في كذا، أو

---

(١) وصححها في تحفة الفقهاء٢: ١٤.

يقول: أَسْلَمتُ إليك عشرةَ دَراهم في كُرِّ حِنْطة وكُرِّ شَعِير، أو في ثَوْبين مُخْتلفين ولم يُبَيِّن حِصّة كلّ واحد منهما.

ولو كان رأسُ المال غَيْرَ مِثْليّ كالثَّوب والحَيْوان يجوز، وإن لم يَعْلَم قيمتَه وذَرْعَه؛ لأنّ المُسَلَّمَ فيه لا يَنْقسم على عددِ الذُّرعان؛ لتفاوتها في الجُودة، ولا على القِيمة؛ لأنّها غيرُ داخلةٍ في العَقْد، فلا يُفيدُ معرفتُها فلا يُعتبرُ.

وأمّا قبضُ رأس المال قَبْل المُفارقة؛ فلأنّ السَّلَمَ أخذُ عاجل بآجل على ما مرّ، فيجب قبضُ أحد البَدَلين؛ ليتحقّق معنى الاسم، ولا يجب قبض المُسَلَّم فيه في الحال، فيجب قبضُ رأس المال.

ثم إن كان رأسُ المال ديناً يصير كالِئاً بكالئ وإنّه منهيٌّ عنه(١).

وإن كان عَيْناً، فالقياسُ: أنّ القَبْض ليس بشرطٍ؛ لأنّه يتعيّن، فقد افترقا عن دين بعينٍ، والاستحسان: أنّه شَرْطٌ عَمَلاً بالخبر، ومُقتضى لفظ السَّلَم، ولهذا لا يجوز فيه خِيار الشَّرْط؛ لأنّه يَمْنع صحّة التَّسليم، فيُخِلُّ به.

ولا يجوز أَخْذُ عِوض رأس المال من جنس آخر؛ لأنّه يُفوِّت قبضَ رأس المال المشروط.

وكذا لا يجوز الإبراء منه؛ لما بَيَّنّا، فإن قَبِل الإبراء سَقَطَ القَبْضُ وبَطَلَ العقدُ، وإن رَدَّه لم يَبْطل؛ لأنّه صحّ بتراضيهما، فلا يبطل إلا بتراضيهما.

---

(١) سبق تخريجه عن ابن عمر ﵄ في سنن الدارقطني ٣: ٧١، والموطأ ٢: ٧٩٧.

فإن أَعطاه من جنس أَرْدأ منه، ورَضِي المُسَلَّم إليه به جاز؛ لأنّه ليس بعِوَض وإن خالفَ في الصِّفة.

وكذلك إن أَعْطى أَجْود منه، ويُجْبَرُ على الأخذ خلافاً لزُفر ﵁، له: أنّه تَبَرَّعَ عليه بالجُودة، فله أن لا يَقْبَل.

ولنا: أنّ الجُودة لا تُخْرجه عن الجِنْس، وهي غيرُ مُنْفردةٍ عن العَيْن، فلا يُعْتَبَرُ فيه الرِّضى إذا تَبَرَعَ بها: كالرُّجحان في الوَزْن.

وأَمَّا المُسَلَّم فيه، فالإبراءُ عنه صحيحٌ؛ لأنّه دَيْنٌ لا يجب قبضُه في المجلس، فيصحُّ الإبراءُ عنه كسائر الدِّيون.

ولا يجوز أن يأخذ عِوَضَه من خلافِ جِنْسِه، قال ﷺ: «مَن أَسْلَم في شيءٍ، فلا يَصْرِفه إلى غيره»[1]، وعن الصَّحابة ﵃ موقوفاً ومرفوعاً: «ليس لك إلا سَلَمَكَ أو رأس مالك»[2]، فإن أعطاه من الجنسين أجود أو أردأ جاز على ما تَقَدَّمَ.

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري ﵁، قال ﷺ: «مَن أَسْلَف في شيءٍ، فلا يصرفه إلى غيره» في سنن أبي داود٣: ٢٧٥، وسنن ابن ماجة٢: ٧٦٦، وسنن الدارقطني٣: ٤٦٤، وهو حديث حسن، كما في الإخبار٢: ١٧٥.

(٢) فعن إبراهيم، قال عمر ﵁: «إذا أسلمت في شيء، فلا تبعه حتى تقبضه، ولا تصرفه في غيره» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٣٢.

وعن ابن عباس ﵄: «إذا أسلمت في شيء، فلا بأس أن تأخذ بعض سلمك وبعض رأس مالك، فذلك هو المعروف» في السنن الصغير للبيهقي٢: ٢٨٥، وسنن البيهقي الكبير٦: ٤٥.

وشَرْطٌ آخر: وهو أن لا يجتمعَ في البَدَلين أحدُ وَصْفي عِلّة الرِّبا، حتى لا يجوز إسلام الهَرَويِّ في الهَرَويِّ، ولا إسلامُ الكيليِّ في الكيليِّ كالحِنْطة في الشَّعير، ولا الوَزْني في الوَزْني كالحَديد في الصُّفْر أو في الزَّعْفَران ونحو ذلك؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان، فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يَدَاً بيدٍ، ولا خَيْرَ في نسيئةٍ»(١).

وهذا مَطَّردٌ إلا في الأَثمان، فإنّه يجوز إسلامُها في الوَزْنيات ضرورةً لحاجة النَّاس، ولأنّ الأثمانَ تُخالف غيرها من الوَزْنيات في صِفةِ الوَزْن؛ لأنّها تُوزن بصَنْجات الدَّراهم والدَّنانير، وغيرها يُوزَنُ بالأَرْطال والأَمْنان، والأَثْمانُ لا تتعيَّنُ بالتَّعيين، وغيرُها يَتَعيَّن فلم يجمعهما أحُد وَصْفي العِلّة من كلِّ وجهٍ، فجاز إسلام أحدهما في الآخر.

ولو أَسْلَم مَكيلاً في مَكيل ومَوْزونٍ ولم يُبيِّن حِصّة كلِّ واحدٍ منهما، كما إذا أسلم كُرَّ حِنطةٍ في كُرِّ شَعير وعَشْرة أَرْطال زيت، فإنّه يَبْطُلُ في الكلّ.

وقالا: يجوز في حِصّة المَوْزون بناءً على أنّ الصَّفقة مَتَى فَسَدَت في البَعض فسدت في الكُلِّ عنده، وعندهما يفسدُ بقدر المُفْسد؛ لأنّه وُجِد في البعض، فيَقْتَصِرُ عليه.

وله: أنّه فسادٌ قويٌّ تَمكّن في صُلْب العَقْد، فيَشيع في الكُلّ، كما إذا ظَهَرَ أحد الدَّنَيْن خَمْراً.

---

(١) سبق تخريجه: «مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

ولا يجوز السَّلَمُ في ما لا يَتَعيّن بالتّعيين: كالدَّراهم والدَّنانير؛ لأنَّ البَيْع بهما يجوز نسيئةً، فلا حاجة إلى السَّلَم فيهما، وهل يجوز في التِّبْر؟ فيه روايتان.

ويجوز في الحُلِيِّ؛ لأنّه يتعيّنُ.

وفي الفلوس عندهما خلافاً لُمحمّد رضي الله عنه، وقد مَرّ.

قال: (**ولا يَصِحُّ في المُنْقَطِع**)، بمعنى أنّه لا بُدّ من وجودِه من وقتِ العَقْدِ إلى وقتِ المَحَلّ؛ لأنّ القُدْرة على التَّسليم إنّما تكون بالقُدْرةِ على الاكتساب في المُدّة، وفي مُدّة انقطاعه لا يَقْدِرُ على ذلك، ورُبَّما أَفْضى إلى العَجْز عن التَّسليم وقت المحلّ، وإليه الإشارة بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تُسْلِفوا في الثِّمار حتى يَبدو صَلاحُها»(١)، والانقطاعُ أن لا يُوجدَ في سُوقِه الذي يُباع فيه وإن كان يوجد في البُيوت.

---

(١) فعن ابن عُمر رضي الله عنهما، قال: «إنَّ رجلاً أسلم في حديقة نخل في عَهْد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يطلع النَّخل، فلم يطلع النَّخل شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: هو لي حتى يطلع، وقال البائع: إنَّما بعتُك النَّخل هذه السَّنة، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال للبائع: أخذ من نخلك شيئاً، قال: لا، قال: فبم تستحلُّ ماله، اردد عليه ما أخذت منه، ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه» في سنن أبي داود ٣: ٢٧٦، وسنن ابن ماجه٢: ٧٦٧، واللفظ له، والمعجم الأوسط ٥: ٥٦، ومصنف ابن أبي شيبة ٦: ١٤، وفي لفظ: « نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الوَرِق نساءً بناجز» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٣، وينظر: نصب الراية ٤: ٤٩.

ولا يجوز فيما لا يُوجد في ذلك الإقليم كالرُّطب في خُراسان، وإن كان يوجد في غيره من الأَقاليم؛ لأنّه في معنى المُنقطع.

ولو حَلَّ السَّلَم فلم يقبضه حتى انقطع، عن أبي حنيفة ﷺ: أنّه يَبْطُلُ السَّلَم، وقيل: إن شاء انتظر وجوده، وإن شاء أخذ رأس ماله، كتَخَمُّرِ العَصِير قَبْلَ القَبْض.

قال: (**ولا في الجَوْهَر**)؛ لتفاوت آحادها تفاوتاً فاحشاً، حتى لو لم تتفاوت كصِغار اللؤلؤ الذي يُباع وَزْناً، قالوا: يجوز؛ لأنّه وَزْنيٌّ.

قال: (**ولا في الحَيْوان ولحمِه وأطرافِه وجلودِه**)؛ لأنّه ﷺ «نهى عن السَّلَم في الحَيْوان»[1]؛ لأنّه مما يتفاوت آحاده تَفاوتاً فاحشاً باعتبار معانيه الباطنة، وذلك يُوجِبُ التَّفاوت في الماليّة، فيُؤدّي إلى النِّزاع.

وأمّا اللَّحْمُ فمذهب أبي حنيفة ﷺ، وقالا[2]: إذا سَمَّى من اللَّحْمِ مَوْضعاً معلوماً بصِفةٍ مَعْلومةٍ جاز؛ لأنّه وزنيٌّ مَعْلوم القدر والصِّفة فيجوز.

وله: أنّه يَتَفاوت تَفاوتاً فاحِشاً بكبر العِظْم وصِغَره، فعلى هذا يجوز في مَنزوع العَظْم، وهي روايةُ الحَسَن ﷺ، ويتفاوت بالسِّمَن والهُزال أيضاً، فعَلَى

---

(١) فعن ابن عبّاس ﷺ: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن السَّلَف في الحيوان» في المستدرك ٢: ٦٥، وصححه، وسنن الدارقطني ٣: ٧١، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٢٢، ومصنف عبد الرزاق ٨: ٢٣، ومسند ابن الجعد ١: ٤٩.

(٢) في «الحقائق والعيون»: والفتوى على قولهما، كما في البناية٨: ٣٤١.

هذا لا يجوز أصلاً[1]، وهو رواية ابنِ شُجاع[2].

ولو استهلك لحماً ضَمِنَه بالقيمةِ عند أبي حنيفة ﷺ ذكره في «المُنتقى»، وقال في «الجامع» بالمِثْل[3].

ويجوز استقراضُه في الأَصحّ[4].

والفَرْقُ لأبي حنيفة ﷺ: أنّ القَرْضَ والضَّمان يجبان حالاً، فتكون صفتُه معلومةً، ولا كذلك السَّلَم.

وأمّا أطرافُه وجلودُه؛ فلأنّها عدديٌّ مُتفاوتٌ تفاوتاً يُؤدِّي إلى المُنازعة، والمرادُ بالأَطراف الرُّؤوس والأَكارع.

---

(١) وصححها في الهداية٨: ٣٤١.

(٢) وهو محمد بن شجاع الثَّلْجِيّ، أبو عبد الله، كان فقيه العراق في وقته، والمقدم في الفقه والحديث مع ورع وعبادة، من مؤلفاته: «تصحيح الآثار»، و«النوادر»، و«المضاربة»، (ت٢٦٦هـ). ينظر: الفوائد ص٢٨١-٢٨٢، والعبر٢: ٣٣.

(٣) قال أبو المعين النَّسفيّ في «شرح الجامع الكبير»: قول محمّد ﷺ في هذه المسألة: كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم، نصٌّ على أنّ اللحمَ مضمونٌ بالقيمة دون المثل، ولا توجد الرِّواية أنّه من ذوات القِيَم، وليس بمثليّ، إلا في هذا الموضع، يعني في «الجامع الكبير»؛ ولهذا قال صاحب «الفتاوى الصغرى»: تضمين اللَّحم بالمثل قولهما، ثم قال: ورأيت في «المنتقى»: روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: إذا استهلك لحماً، قال: عليه قيمته»، كما في رمز الحقائق٢: ٥٢.

(٤) مشى عليه في المبسوط١٢: ١٣٧، والبزازية٤: ٢٦.

أمّا الشُّحوم والأَلْيَة يجوز السَّلَم فيها؛ لأنّها وزنيٌّ معلومُ القَدْر والصِّفة.

قال: (**ويصحُّ في السَّمكِ المالِح وَزْناً**)؛ لأنّه لا يَنْقطعُ.

وكذلك الطَّرِيُّ الصِّغار في حِينه[١].

وفي الكِبار عن أبي حنيفة ﵁ روايتان[٢]، المختار[٣] الجَواز، وهو قولهما؛ لأنّ السِّمَن والهُزال غيرُ معتبر فيه عادةً. وقيل[٤]: الخِلاف في لحم الكِبار منه.

قال: (**ولا يَصِحُّ بمكيالٍ بعينِه لا يُعْرَفُ مِقدارُه**)؛ لأنّه رُبّما هَلَكَ المِكيال قبل حلول الأجل، فيَعْجَزُ عن التَّسليم.

وكذا ذِراعٌ بعَيْنِهِ، أو وَزْنُ حَجَرٍ بعَيْنِهِ.

ولا بُدّ أن يكون المِكيال ممَّا لا يَنْقَبِضُ ويَنْبَسِطُ كالخَشَبِ والحديدِ؛

---

(١) يعني أن يكونَ السَلَمُ مع شروطِهِ في حينه كيلا ينقطعَ بعد العقدِ والحلول، وإن كان في بلدٍ لا ينقطعُ جازَ مطلقاً، فأمَّا المليح فإنّه يدَّخرُ ويباعُ في الأسواقِ فلا ينقطعُ حتى لو كان ينطقعُ في بعضِ الأحيانِ لا يجوز، كما في رد المحتار٤: ٢٠٤.

(٢) في رواية: لا يجوز طرياً كان أو مالحاً: كالسلم في اللحم؛ لاختلافها بالسِّمَن والهُزال كاللحم، وفي رواية: يجوز كيف ما كان وزناً؛ لأنّ التَّفاوت بين سَمينه ومَهزوله لا يُعَدُّ تَفاوتا عادةً لقلّته، كما في البدائع٥: ٢١١.

(٣) مشى عليه في رد المحتار٥: ٢١١.

(٤) عن أبي حنيفة: في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السَّلَم في لحمها اعتباراً بالسَّلَم في اللحم، «فتح»، كما في رد المحتار٥: ٢١١.

ليكون معلوماً، فلا يُؤدي إلى النِّزاع.

أمّا ما يَنْقَبِضُ ويَنْبَسِطُ كالجِرابِ والزَّنْبيل[١] يَزْدادُ ويَنْتَقِصُ فيُؤدي إلى النِّزاع.

قال: (**ولا في طَعام قَرْيةٍ بعينِها**)؛ لأنّه قد لا يَسْلَمُ طَعامُها، إمّا بآفةٍ أو لا تُنْبِتُ شيئاً، وكذا ثمرةُ نَخْلةٍ بعينِها، قال ﷺ: «أرأيت لو أذهب الله الثَّمرة بِمَ يستحلُّ أحدُكم مال صاحبه»[٢]؟ وروي أنّه ﷺ: «أسلم إلى زيدٍ بن سَعْنة في تمر فقال: أسلم إليّ في تمر نَخْلة بعينِها، فقال ﷺ: أمّا في تمر نَخْلة بعينِها فلا»[٣].

---

(١) الزِّنْبيل: الجراب، وقيل: الوعاء يحمل فيه، والجمع زنابيل، ، كما في اللسان٣: ١٨٠٨.

(٢) قال المخرجون: هذا الحديث إنما ورد في البيع لا في السلم، فعن أنس رضي الله عنه: «أنّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع ثمر التمر حتى يزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحلّ مال أخيك» في صحيح البُخاري٣: ٧٨، وصحيح مسلم٣: ١١٩٠.

وعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «لو بعتُ من أَخيك ثمراً، فأصابته جائحةٌ، فلا يحلُّ لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أَخيك بغير حق؟» في صحيح مسلم٣: ١١٩٠.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» في صحيح مسلم ٣: ١١٦٥،

(٣) فعن عبد الله بن سلام رضي الله عنه: «إن الله تبارك وتعالى لما أراد هدى زيد بن سعنة...، قال زيد بن سعنة: فدنوت إليه ﷺ فقلت له: يا محمّد، هل لك أن تبيعني تمراً معلوماً من

قال: (**ويجوز في الثِّياب إذا سَمَّى طُولاً وعَرْضاً ورُقْعة**)؛ لأنّه إذا ذُكِرَ مع الجِنْس والنَّوع والصِّفة، فالتَّفاوت بعده يسير غيرُ معتبر، وهذا استحسانٌ لحاجة النَّاس إليه.

وهل يشترط الوَزْن في الحَرير؟ الأَصحُّ اشتراطُه[1]؛ لأنَّ التَّفاوتَ فيه من حيث الوَزْن معتبرٌ، وقيل: إن كان إذا ذَكَرَ الطُّول والعَرْض والرُّقْعة لا يَتفاوتُ وزنُهُ لا حاجةَ إلى ذكر الوَزْن؛ لعدم التَّفاوت، وإن كان يختلف وزنُهُ، فلا بُدّ من ذكر الوَزْن، واختاره القُدُوريّ.

وإذا أطلقَ الذِّراع فله الوَسَط، إلا أن يكون مُعتاداً فله المُعتاد.

قال: (**وفي اللَّبِن**[2] **إذا عيّن المِلْبَن**)؛ لأنّه عدديٌّ متقاربٌ إذا بَيَّن المِلْبَن، وكذلك الآجر، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: لو باع مئة آجرّة من أَتُّون[1] لا يجوز للتَّفاوت في النُّضج.

حائط بني فلان إلى أجل كذا وكذا؟ فقال: لا يا يهودي، ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى أجل كذا وكذا، ولا أسمي حائط بني فلان، قلت: نعم، فبايعني ﷺ، فأطلقت همياني، فأعطيته ثمانين مثقالا من ذهب في تمر معلوم إلى أجل كذا وكذا...» في صحيح ابن حبان١: ٥٢١.

(١) الصحيحُ أنّه يشترط، وإليه مال شمس الأئمة السَّرَخْسيُّ، وهكذا ذكر في «شرح القدوري»؛ لأن الحرير يختلف باختلاف الوزن، كما في المحيط٧: ٧٩.

(٢) اللَّبِن: وهي التي تتخذ من طين ويبنى بها، كما في المغرب ص٤٢١.

قال: (**ولا يجوز التَّصرُّفُ في المُسَلَّم فيه قَبْلَ القَبْض**)؛ لأنّه مَبيعٌ، وقد بَيّنا أنّ التَّصَرُّف في المبيع قبل القَبْض لا يجوز.

وكذلك الشَّركةُ والتَّوليةُ[٢]؛ لأنّهما تصرُّفٌ.

(**ولا في رأس المال قَبْلَ القَبْض**)؛ لأنّه يجبُ قَبْضُهُ للحال؛ لما بَيَّنّا، فإذا تَصَرَّف فيه فات القبض، فلا يجوز.

ﻫ ﻫ ﻫ

(١) ذكر بعضُهم: أنه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون، وفي عرف بلادنا يُسمونه قميناً أو قميراً، وهو الذي يُبْنىٰ ليشوىٰ فيه الآجر والحجارة تعمل جيراً؛ لأنه يتفاوت في النُّضج تفاوتاً فاحشاً، فلا يجوز بيعه، كما في فتح القدير٧: ١١٣.

(٢) أي لا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه كالشركة والتولية قبل قبضه؛ لأنَّ المسلم فيه مبيعٌ، والتصرَّفُ فيه قبل القبض لا يجوز، ولرأس المال شبه بالمبيع، فلا يجوز التصرَّف فيه قبل القبض، ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز.

وصورة الشَّركة: أن يقول ربُّ السلم لآخر: أَعْطني نصف رأس المال؛ ليكون نصف المُسَلَّم فيه لك.

وصورة التَّولية: أن يقول رَبُّ السَّلَم لآخر: أعطني مثل ما أعطيت للمسلَّم إليه حتىٰ يكون المُسَلَّم فيه لك، كما في شرح الوقاية ص٥٥٧، ومجمع الأنهر ٢: ١٠٣.

فصل [في الاستصناع]

(وإذا استصنع[١] شيئاً جاز استحساناً).

---

(١) الاستصناع: لغةً: طلب الصنع وسؤاله، كما في طلبة الطلبة ص١٠٩.
واصطلاحاً: طلبُ عمل شيء خاصّ على وجه مخصوص مادته من الصانع، أو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع مبيع، كما في مرشد الحيران المادة ٥٦٩.
فعن ابن عمر رضي الله عنهما: «إنَّ رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب فكان يجعل فصّه في باطن كفّه إذا لبسه، فصنع الناس كذلك، ثم إنَّه جلس على المنبر فنزعه، فقال: إني كنت ألبس هذا الخاتم، وأجعل فصّه من داخل فرمى به، ثم قال: والله لا ألبسه أبداً فنبذ الناس خواتيمهم» في صحيح البخاري ٥: ٢٢٠٥، وصحيح مسلم ٣: ١٦٥٥.
شرائط جوازه:
١. بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنَّه لا يصير معلوماً بدونه، فيلزم في الاستصناع وصف المصنوع وصفاً يمنع حدوث أي نزاع.
٢. أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس.
٣. أن لا يكون في الاستصناع أجلٌ، فإن ضرب له أجلاً، صار سَلَماً، حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم.

اعلم أنّ القَياس يَأبى الجَواز، وهو قولُ زُفَر ﵁؛ لأنّه بَيْعُ المَعْدوم، لكن استَحْسَنّا جوازَه للتَّعامل بين النَّاس من غير نكير فكان إجماعاً، وبمِثْلِه يُتْرُك القِياس والنَّظر ويُخَصُّ الكِتاب والخَبر.

ثمّ قيل: هي مُواعدةٌ[1] حتى يكون لكلِّ واحدٍ منهما الخِيار، والأصحُّ مُعاقدةٌ؛ لأنّ فيه قياساً واستحساناً، وفَرَّقٌ بين ما جَرَت به العادة وما لا،

---

٤. أن يكون العملُ والعينُ كلاهما من الصَّانع، فلو كانت العين من المستصنع كان العقدُ إجارة آدمي، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣-٤.

وصفته:

ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم، فقبل العمل غير لازم للجانبين، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين.

وبعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع: فإنَّه عقد غير لازم للجانبين أيضاً، حتى كان للصانع أن يبيعَه ممن شاء؛ لأنَّ العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثلِه في الذمّة؛ ولعدم تعيُّنه حينئذٍ؛ لأنَّ تعيّنه باختيار الآمر بعد رؤيته.

وبعد إحضار الصّانع العين على الصِّفة المشروطة: فإنَّه يسقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار؛ لأنَّ الصَّانع بائع ما لم يره فلا خيار له، وأما المستصنع فمشتري ما لم يره، فكان له الخيار، كما في الوقاية ص٥٦١، والبدائع ٥: ٣.

(١) كما ذهب إليه الحاكم الشهيد قائلاً: إذا جاء مفروغاً عنه ينعقد بالتعاطي؛ ولذا يثبت الخيار لكل منهما، لكنَّ الصحيح من المذهب جوازه بيعاً؛ لأنَّ محمداً ﵁ ذكر فيه القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة، كما في مجمع الأنهر ٢: ١٠٦، والبدائع ٥: ٢، والوقاية ص٥٦٠.

وذلك من خصائص العُقود، ويَنْعقد على العين دون العَمَل، حتى لو جاء بعَيْن من غير عَمِلِه جاز.

(**وللمُشتري خِيار الرُّؤية**)[1]؛ لأنّه اشترى ما لم يَرَه.

(**وللصَّانع بيعُه قَبْلَ الرُّؤية**)؛ لأنّه ملكُه، والعقدُ لم يقع على هذا بعينِه، فإذا رآه المُسْتَصْنِع ورَضِي به لم يَكن للصَّانع بَيْعُه؛ لأنّه تَعَيّن.

ثمّ إنّما يجوز فيما جَرَت به العادة من أواني الصُّفْر والنُّحاس والزُّجاج والعِيدان والخِفاف والقَلانس والأَوْعية من الأُدُم والمَناطق[2] وجميع الأسلحة.

ولا يجوز فيما لا تَعامَلَ فيه كالجِباب ونَسْج الثِّياب؛ لأنَّ المُجوِّز له هو التَّعامل على ما مَرّ، فيَقْتَصِرُ عليه.

قال: (**وإن ضَرَبَ له أَجلاً صار سَلَماً**)، فيُشترط له شرائط السَّلَم.

---

(١) هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة: أنَّ لكل واحد منهما الخيار؛ لأنَّ في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه، وأنَّه واجب. وروي عن أبي يوسف: أنَّه لا خيار لهما جميعاً؛ لأنَّ الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه، لكان فيه إضرار بالصانع، بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد؛ لأنا لا ندري أنَّ العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه، فثبت الخيار، واختارت مجلة الأحكام العدلية قول أبي يوسف، وينظر: البدائع ٥: ٣-٤ والوقاية ص٥٦١، وشرح الأتاسي ٢: ٤٠٦، وغيرها.

(٢) النِطاق والمِنْطَق: كلُّ ما تشدُّ به وسْطَك، كما ي المغرب٢: ٣١٠.

وقالا: لا يصيرُ سَلَماً؛ لأنّه استصناعٌ حقيقةً(١)، فبضرب الأَجل لا يَصير سَلَماً، كما لا يَصيرُ السَّلَمُ استصناعاً بحذف الأجل.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّه أتى بمعنى السَّلَم، فيكون سَلَماً؛ لأنّ العبرةَ للمَعاني لا للصُّور، ولأنه أمكن جَعْلُه سَلَماً، فيجعل لورود النَّصِّ بجَواز السَّلَم دون الاستصناع.

وجوابُهما: أنّ حذفَ الأجل ليس من خَوَّاصِ الاستصناع، أمّا الأَجل من خواصِّ السَّلَم، ويكتفي في الاستصناع بصفةٍ معروفةٍ تَحْتَمِلُ الإدراك، ولا بُدّ في السَّلَم من استقصاءِ الصِّفة على وجهٍ يَتيَقَّنُ بالإدراك فافترقا.

---

(١) فهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع: كالثياب ونحوها أجلاً، ينقلب سلما في قولهما جميعاً؛ لأنَّ العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنَّما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعاً، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه، مع الشك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع، لأنَّ ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل، فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم، كما في البدائع ٥: ٣، والوقاية وشرحها لصدر الشريعة ص٥٦٠-٥٦١.

باب الصَّرف

وهو في اللُّغة: الدَّفعُ والرَّدُّ، ومنه الدُّعاء: اصرف عَنّا كَيْدَ الكائدين، وصَرَفَ اللهُ عنك السُّوء.

وفي الشَّريعة: بيعُ الأثمان بعضُها ببعض.

سُمِي به لوجوب دفع ما في يدِ كلِّ واحدٍ من المتعاقدين إلى صاحبِه في المجلس.

قال: (وهو بَيْعُ جنس الأثمان بعضُه ببعض، ويستوي في ذلك مضروبهما ومَصُوغُهما وتِبْرُهما، فإن باع فضّةً بفضّةٍ أو ذَهَباً بذَهَبٍ لم يجز إلاّ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ).

والأصل فيه قوله ﷺ: «الذهب بالذهب مِثْلاً بمِثْلٍ، يَداً بِيَدٍ، والفَضْل رباً، والفضّة بالفضّة مِثْلاً بمِثْلٍ يَداً بِيَدِ والفَضْل رباً»[1]؛ ولقول عُمر رضي الله عنه:

---

(١) فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة...مِثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد...» في صحيح مسلم ٣: ١٢١١.
وعن أبي سعيد الخُدْرِي رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها

«وإن اسْتَنْظَرَك إلى وراءِ السَّارية، فلا تُنْظره»[1]، ولأنّه لا بُدّ من قبض أحد العِوَضين؛ ليخرج من بَيْع الكَالئ بالكَالئ[2]، وليس أحدُهما أَوْلى من الآخر فيقبضان، ولأنّه إذا قَبَضَ أحدَهما يجب قبضُ الآخر تحقيقاً للمُساواة.

والمُعتبرُ في ذلك المُفارقة بالأبدان، حتى لو تَصارفا وسارا عن مجلسهما كثيراً ثم تقابضا جاز ما لم يَفْترقا، وكذلك مجلسُ عَقْد السَّلَم.

ولو تَصارفا ووكلا بالقَبْض، فالمعتبرُ تفرُّقُ العاقدين لا تفرُّق الوَكيلين.

ولو ناما جالسين لم يَكن فرقةً.

ولو ناما مُضطجعين كان فرقةً.

ولا يجوز خِيار الشَّرط؛ لأنّه ينفي استحقاق القَبْض.

ولا الأَجل؛ لأنّه يُفوِّتُ القَبْضَ الذي هو شَرْطُ الصِّحّة، فإن أسقطهما قبل التَّفرُّق جاز، خلافاً لزُفر ﵁، وقد مَرّ.

على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» في صحيح البخاري ٢: ٧٦١، وصحيح مسلم ٣: ١٢٠٨.

(١) فعن ابن عمر ﵄، قال عمر ﵁: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره، إني أخاف عليكم الربا» في الموطأ ٢: ٦٣٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٨٤.

(٢) أي بيع الدين بالدين، كما سبق.

ولو اشترىٰ بثمن الصَّرْف عَرَضَاً قبل قبضه، فهو فاسد؛ لأنّه يُفَوِّتُ القَبْض المُسْتحقّ بالعَقْد، وكذا كلُّ تصرُّفٍ في بدل الصَّرْف قبل قَبْضِهِ؛ لما بَيّنّا.

قال: (**ولا اعتبار بالصِّياغة والجُوْدة**)؛ لقوله ﷺ في آخر الحديث: «جيدها ورديئها فيه سواء»(١).

(**فإن باعها مُجازفةً ثمّ عُرِفَ التَّساوي في المَجْلس جاز وإلا فَلا**)؛ لما عُرِفَ أنّ ساعات المجلس كساعةٍ واحدةٍ، فصار كالعِلْم في ابتدائه، وإن لم يَعْلَما لا يجوز لاحتمال الرِّبا؛ لأنّ الشَّرطَ وهو المُساواةُ يجب علينا تحصيلُه.

أمّا وُجودُه في عِلْمِ الله تعالىٰ لا يَصْلحُ أن يكون شَرْطاً؛ لأنّ الأحكامَ تَنْبَني علىٰ أفعال العِباد تَحقيقاً لمعنىٰ الابتلاء.

وتعتبر في الدَّراهم والدَّنانير الغَلَبة كما تقدَّم في الزَّكاة، فإن تَساويا، فهي كالجِياد في الصَّرْف احتياطاً للحُرْمة.

قال: (**ويجوز بيعُ أحدِهما بالآخر مُتفاضلاً ومُجازفةً مقابضةً**)؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يَداً بِيَدٍ»(٢)، وقال ﷺ:

---

(١) قال الزَّيْلعي في نصب الراية٤: ٣٧، وابن حجر في الدراية٢: ١٥٦: لم نقف عليه بهذا اللفظ، ويؤخذ من حديث أبي سعيد الخُدْري رضي الله عنه، قال ﷺ: «الذهب بالذهب...»، وأقول: وكذلك من حديث: «إنَّ رسول الله ﷺ استعمل رجلاً علىٰ خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ...» السابق ذكره.

(٢) سبقه تخريجه ابن الصامت رضي الله عنه: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» في صحيح مسلم٣: ١٢١١

«الذهب بالورق رباً إلا هاء[1] وهاء»[2]، ولو افترقا قبل القبض بطل العقد لفوات الشَّرْط.

قال: (**ويجوز بَيْع دِرهمينِ ودينارٍ بدينارينِ ودِرهمٍ، وبيع أحدَ عَشَرَ درهماً بعشرةَ دَراهمَ ودينارٍ**)، وكذا دِرهمين ودِينارين بدينارٍ ودِرهم، وكذا كُرَّي

(١) وأصله: هاك؛ بمعنى خذ، فأبدلت الكاف همزة، والمعنى: أن يقول كل مِن المتعاقدين لصاحبه: خذ، فيتقابضا في المجلس، والحديث دليل على اشتراط التقابض في مجلس الصرف وإن اختلف جنس البدلين، كما في تكملة فتح الملهم ١: ٥٩١

(٢) فعن مالك بن أوس رضي الله عنه أنَّه قال: «أقبلت أقول مَن يصطرف الدراهم، فقال طلحة بن عبيد الله وهو عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أرنا ذهبك ثم ائتنا إذا جاء خادمنا نعطك وَرِقَكَ، فقال عمر بن الخطاب: كلا والله لتعطيه وَرِقَهُ أو لتردنّ إليه ذهبه، فإنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الوَرِق بالذهب رباً إلا هاء وهاء...» في صحيح مسلم ٣: ١٢٠٩، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٥.

وعن أبي المنهال رضي الله عنه، قال: «باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الحجّ، فجاء إليّ فأخبرني، فقلت: هذا أمر لا يصلح، قال: قد بعته في السُّوق فلم ينكر ذلك عليّ أحد، فأتيت البراء بن عازب رضي الله عنه فسألته، فقال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة ونحن نبيع هذا البيع، فقال: ما كان يداً بيد فلا بأس به، وما كان نسيئةً فهو رباً، وائت زيد بن أرقم رضي الله عنه فإنّه أعظم تجارة مِنّي، فأتيته، فسألته فقال: مثل ذلك» في صحيح مسلم ٣: ١٢١٢، قال ابنُ حَجر في فتح الباري ٤: ٣٨٣: «وفي الحديث ما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم مِن التواضع، وإنصاف بعضهم بعضاً، ومعرفة أحدهم حق الآخر، واستظهار العالم في الفتيا بنظيره في العلم».

وعن البراء وزيد بن أرقم رضي الله عنهما: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الوَرِق بالذهب ديناً» في صحيح مسلم٣: ١٢١٢.

حِنطةٍ وكرِّ شَعير بكُرِّ حِنْطة وكُرَّي شَعير.

والأصل في ذلك: أنّ عندنا يُصرَفُ كلُّ واحدٍ من الجنسين إلىٰ خلافِهِ حَمْلاً لتصرفِهما علىٰ الصِّحّة[1]، وفيه خِلاف زُفَر ﷺ، فإنّه يَصْرِفُ الجِنْسِ إلىٰ جِنْسِه؛ لأنّه أَسْهَلُ عند المُقابلة.

ولنا: أنّهما قصدا الصِّحّة ظاهراً، فيُحمل عليه تحقيقاً لقصدهما ودَفْعاً لحاجتهما.

ولو باع الجِنْس بمِثْلِه وأحدُهما أقلُّ ومعه عرضٌ إن بلغت قيمةُ العَرْض قَدْرَ النُّقصان جاز، ولا كَراهة فيه، وإن لم تَبْلُغ جاز مع الكَراهة، وإن كان ممّا لا قَيمةَ له لا يجوز؛ لأنّه رِباً.

قال: (**ومَن باعَ سَيْفاً مُحَلَّى بثمن أكثر من قَدْر الحِلْية جاز**)، ومُرادُه إذا كان الثَّمنُ من جنس الحِلْيةِ جاز؛ لتكون الحِلْيةُ بمِثْلِها، والزِّيادةُ بالنَّصل والحَمائل والجِفْن، وإن كان مِثْلُها أو أَقلّ لا يجوز؛ لأنّه رِباً، وإن كان بخلاف جنسها جاز كيف كان لجواز التَّفاضل علىٰ ما بيّنّا.

(**ولا بُدّ من قَبْض قَدْر الحِلْية قبل الافتراق**)؛ لأنّه صَرْفٌ، ولو اشتراه بعشرين دِرهماً، والحِلْيةُ عشرةُ دَراهم فقَبَضَ منها عشرةً، فهي حِصّةُ الحِلية وإن لم يُعيّنها حَمْلاً لتصرُّفِه علىٰ الصِّحّة.

---

(١) والأصل فيه: أنَّ العقدَ إذا كان له وجهان: أحدُهما يصحّحه، والآخرُ يفسدُه، حمل علىٰ ما يصحّحه، كما في الجوهرة ١: ٢٢٣.

وكذا إذا قال: خُذْها من ثمنهما؛ لأنّ قصدَه الصِّحّة، وقد يُراد بالاثنين أحدهما كقوله تعالى: {يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَان}[الرحمن : ٢٢].

وكذا إن اشتراه بعشرين عُشرةٌ نَقْداً وعشرةٌ نسيئةً، فالنَّقْدُ حِصّةُ الحِلْية؛ لما تقدّم، فإن افترقا لا عن قَبْضٍ بَطَلَ البَيْعُ فيهما إن كانت الحِلْيةُ لا تتخلَّصُ إلا بضرر: كجِذْعٍ في سَقْفٍ، وإن كانت تتخَلَّصُ جاز في السِّيف وبَطَلَ في الحِلْية ، وقُس على هذا جميع أَمْثالها.

قال: (**وإن باعَ إناءَ فضّةٍ أو قطعةَ نُقْرَةٍ**[1] **فقَبَضَ بعضَ الثَّمن، ثمّ افترقا صار شركة بينهما**)، فيكون للمُشتري فيه بقدر ما نَقَدَ من الثَّمن، ولا خِيار له؛ لأنّ العَيْبَ جاء من قبلِه حيث لم يَنْقُد جميع الثَّمن.

(**فإن استُحِقَّ بعضُ الإناء، فإن شاء المُشتري أخذ الباقي بحِصَّتِه، وإن شاء ردّه**)؛ لأنّ الشَّركةَ عيبٌ في الإناء.

(**ولو استُحِقّ بعضُ القطعة أخذ الباقي بحصّته، ولا خيار له**)؛ لأنّ التشقيصَ لا يضرّ القطعة، فلم تكن الشَّركة فيه عيباً[2].

قال: (**ويجوز البيع بالفلوس**)؛ لأنّها معلومةٌ، (**فإن كانت كاسدةً عيَّنها**)؛ لأنّها عروض، (**وإن كانت نافقةً لم يُعيِّنها**)؛ لأنّها من الأثمان كالذَّهبِ

---

(١) النُّقْرة: القطعةُ المُذابة من الفضة، وقبل الذوب هي تِبْر، كما في المصباح ص٦٢١.

(٢)أي لأن الشَّركةَ ليستْ بعيبٍ في قطعة النُّقْرة؛ لأنَّ التَّبعيضَ لا يضرُّه، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٠.

والفِضّة، (**فإن باع بها ثمّ كَسَدَت**[1] **بَطَلَ البَيْعُ**)، خلافاً لهما؛ لأنّ البيعَ صحَّ، فلا يفسد؛ لتعذّر التّسليم بالكساد، كما إذا اشترىٰ بشيءٍ من الفَواكه وانقطع فتجب قيمتُها، غير أنّ أبا يوسف ﵁: يُوجبُها يومَ البَيْع[2]؛ لأنّ الثَّمَنَ مَضمونٌ به، ومُحمّداً ﵁ يوم الكَساد[3]؛ لأنّ عنده تَنْتَقل إلىٰ القِيمة.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ ثَمَنِيّةَ الفُلُوس بالاصطلاح، فيَهْلَكُ بالكَساد، فيَبْقَىٰ المبيعُ بلا ثَمَن فيَبْطُل، فيَرُدُّ المبيعُ أو قيمَتُه إن كان هالكاً.

---

(١) حدُّ الكسادِ أن تتركَ المعاملةُ بها في جميع البلاد، وإن كان يروج في بعض البلاد لا يبطلُ البيع، لكنَّه يتعيَّبُ إذا لم تروج في بلدهم، فيتخيَّرُ البائعُ إن شاءَ أخذَه وإن شاءَ أخذَ قيمتَه، وحدُّ الانقطاعِ: أن لا يوجدَ في السُّوق، وإن كان يوجدُ في يدِ الصيارفةِ وفي البيوت، كما في رمز الحقائق ٢: ٦٦.

(٢) وقولُ أبي يوسفَ ﵁ أيسر للفتوىٰ بأنَّ يومَ القبضِ يعلمُ بلا كلفة، وقولُ محمّد ﵁ أَنْظَر في حقِّ المستقرض؛ لأنَّ قيمتَها يومَ الانقطاعِ أقلّ، وكذا في حقِّ المقرض بالنظرِ إلىٰ قولِ الإمامِ لا إلىٰ المفتي؛ لأنَّ يومَ الكسادِ لا يعرفُ إلا بحرج، كما في مجمع الأنهر ٢: ١٢٢، ورد المحتار ٤: ٢٤٣، وغيرها.

(٣) وبه يفتي، كما في الخانية والخلاصة والفتاوىٰ الصغرىٰ والكبرىٰ والحقائق عن المحيط والتتمة، وعزاه في الذخيرة إلىٰ الصدر الشهيد، وكثير من المشايخ قيد بالكساد؛ لأنَّها إذا غلت أو رخصت قبل القبض كان المبيع علىٰ حاله إجماعاً، ولا خيار لواحد منهما، ويطالب بنقد ذلك المعيار الذي كان وقت البيع، كما في الفتح ٧: ١٥٤، واللباب ١: ٢١٧.

قال: (**ومَن أَعْطى صَيْرفّياً دِرهماً، وقال: أَعْطِني به فُلُوساً ونِصْفاً إلا حِبّةً جاز**)(١)، ويُصْرَفُ النِّصف إلا حبّةً إلى مِثْلِهِ من الدَّرهم، والباقي إلى الفُلُوس تصحيحاً لتصرّفهما، وقد تقدّم جِنْسُهُ، والله أعلم.

❧ ❧ ❧

(١) لأَنَّه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم إلا حبة من الفضة، فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس، ولو قال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما: صحّ البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة؛ لأنَّ الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وعنده: يفسد، وأصل الخلاف: أنَّ العقدَ يتكرَّر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن، حتى لو قال: أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبةً جاز في الفلوس، وبطل في الفضة بالإجماع، كما في التبيين ٤: ١٤٥.

كتاب الشُّفْعة

وهي الضَّمُّ[1]، ومنه: الشَّفْعُ في الصّلاة، وهو ضَمُّ رَكْعةٍ إلى أُخرى، والشَّفْعُ: الزَّوْج الذي هو ضِدُّ الفَرْد، والشَّفيع لانضمام رأيه إلى رأي المَشفوع له في طَلَب النَّجاح، وشَفاعةَ النَّبيِّ ﷺ للمُذنبين؛ لأنّها تضمهم إلى الصَّالحين.

---

(١) الشفعة: لغةً من شفعت الشيء شفعاً: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة؛ لأنَّ صاحبَها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، كما في المصباح المنير ص٣١٧.

وشرعاً: حقّ تملُّك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن، كما في مرشد الحيران ١: ٧٤.

وسبب مشروعيتها: هو دفعُ ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأبيد والقرار: كإيقاد النار، وإعلاء جدار، وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وإقامة الدواب والصغار، كما في شرح مرشد الحيران١: ٧٥، ودرر الحكام ٢: ٧٤٩.

وشرائط وجوب الشفعة:

١ .عقد المعاوضة، وهو البيع أو ما هو في معناه، فلا تجب الشفعة فيما ليس ببيع، ولا بمعنى البيع، حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية.

٢ .معاوضة المال بالمال، فلا تجب في معاوضة المال بغير المال كالنكاح.

والشُّفْعَة في العقار؛ لأنّها ضَمُّ ملكِ البائع إلى ملكِ الشَّفيع، وهي تثبتُ للشَّفيع بالثَّمن الذي بيع به رَضِي المُتبايعان أو سخطا، ولهذا المعنى كانت على خلافِ القِياس، إلا أنّا استحسنا ثبوتها بالنَّصّ، وهو قوله ﷺ: «الجار أَحَقُّ بشُفعته»(١) رواه جابر رضي الله عنه، ....

٣.معاوضة عين المال بعين المال، فلا تجب فيما ليس بعين المال كالمنافع.
٤.أن يكون المبيع عقاراً، وما هو بمعناه، سواء كان العقار مما يحتمل القسمة، أو لا يحتملها: كالحمام، والرحى.
٥.زوال ملك البائع عن المبيع؛ لأنَّ الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به، فإذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري.
٦.زوال حقّ البائع؛ فلا تجب الشفعة في المشترى شراءً فاسداً.
٧.أن يكون الشفيع مالكاً العقار المشفوع به وقت البيع، ويشترط بقاء هذه الملكية إلى زمن الأخذ بالشفعة بالتراضي أو بقضاء القاضي.
٨.أن لا تكون الدَّار المشفوعة ملكاً للشفيع وقت البيع، فإن كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه.
٩.عدم الرِّضا من الشَّفيع بالبيع وحكمه، فإن رضي بالبيع أو بحكمه، فلا شفعة له، كما في مرشد الحيران ١: ٨٤، وبدائع الصنائع ٥: ١٥، ودرر الحكام ٢: ٧٥١.
(١) فعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «الجار أحقّ بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥١٨، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٠، وقال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ٩، ١٤: «رجاله ثقات، ولم يتفرد به الملك، بل روى البخاري ومسلم معناه».
وعن جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلّ شركة لم تقسم رَبْعَةٍ أو حائطٍ،

وقال ﷺ: «جار الدَّار أحقُّ بشُفعةِ الدَّار»[١]، وكان أبو بكر الرَّازي رضي الله عنه يُنكر هذا القول ويقول: وجوب الشُّفعة مجمع عليه أصل من الأصول المقطوع بها لا يُقال: إنّه استحسان.

قال: (**ولا شُفْعةَ إلا في العَقار**)؛ لقوله ﷺ: «لا شُفْعةَ إلا في رَبْع[٢] أو حائط[٣]»[٤]؛ ولأنّ الشُّفْعةَ وَجَبَت في العَقار لدفع ضَرر الدَّخيل فيما هو متصلٌ

لا يحلّ له أن يبيعَ حتى يؤذن شريكَه، فإن شاء أخذ وإن شاء تَرَكَ، فإذا باع ولم يُؤذنه فهو أحقُّ به» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩.

(١) فعن سمرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «جار الدار أحق بشفعة الدار» في المعجم الكبير٧: ١٩٦، وبلفظ:«جارُ الدار أَحقّ بدار الجار أو الأرض» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن الترمذي٣: ٦٤٢، وصحيح ابن حبان١١: ٥٨٥.

(٢) رَبْع: أي دار، كما في المغرب١: ٣١٧.

(٣) الحائِط: البستان، وأصله ما أحاط به، كما في المغرب١: ٢٣٤.

(٤) فعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «الشُّفعة في كل شرك، في أرض، أو رَبْع، أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى، فشريكه أحقُّ به حتى يؤذنه»» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩، وسنن النسائي ٧: ٣٢٠.

وعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا شفعة إلا في ربع ـ أي دار ـ أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيعَ حتى يستأمر صاحبَه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك»، أخرجه البزار، وقال: لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر رضي الله عنه، وقال الحافظ في الدراية٢: ٢٠٣: رجاله أثبات، كما في إعلاء السنن ١٧: ٣-٤.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا شفعة إلا في دار أو عقار» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١٠٩، وقال في تلخيص الحبير: سنده جيد، كما في إعلاء السنن ١٧: ٤.

على الدَّوام على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى، والمَنْقُول ليس كذلك؛ لأنّه لا يدوم دوام العَقار، فلا يُلْحَقُ به.

(**وتجبُ في العَقار سَواءٌ كان مما يُقْسَمُ**): كالدُّور والحَوانيت والقُرى (**أو ممّا لا يُقْسَم**): كالبئرِ والرَّحَى والطَّريق؛ لأنّ النُّصوص المُوجبة للشُّفعة لا تفصل، وسببها الملك المتصل، والمعنى وَجَبَت له دَفْعُ ضَرر الدَّخيل، وذلك لا يختلف في النَّوعين، وقال ﷺ: «الشُّفعة في كلِّ شِرْك رَبْع أو حائط»[1].

(**وتجب إذا مُلِكَ العَقار بعوضٍ هو مال**)، حتى لو مَلَكَه بعوض ليس بمال كالنِّكاح والخُلْع والإجارة والصُّلْح عن دم العَمْد لا تجب الشُّفْعة.

وكذا لو مَلَكَه لا بعوض: كالهبةِ والوَصيّة والصَّدقة والإرث؛ لأنّ الشَّفيعَ إنّما يأخذها بمِثْل ما أَخذها به الدَّخيل أو بقيمَتِهِ، وهذه الأشياء لا مِثْلَ لها ولا قيمةَ.

---

(١) سبق تخريجه بل أسطر.

وأما ما روي عن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنّما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، معناه: فإذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة، أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه، أو فلا شفعة بالقسمة، كما في بدائع الصنائع ٥: ٥، قال الزيلعي في التبيين٥: ٢٤٠: «والمراد بما روي والله أعلم أنَّها لا تجب للجار بقسمة الشركاء؛ لأنَّهم أحقّ منه وحقّه متأخر عن حقّهم، وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث».

أمَّا الخاليةُ عن الأَعْواض فظاهرٌ.

وأما المُقابلة بالأَعواض المذكورة: أمّا عَدَمُ المُماثلة فظاهرٌ، وأَمّا القيمةُ؛ فلأنّ قِيمتَها غيرُ معلومةٍ حقيقةً؛ لأنّ القيمةَ ما تقومُ مَقام المُقوَّم في المَعنىٰ، وأنّه لا يتحقَّقُ في هذه الأَشْياء، وإنّما تَقَوَّمَت في النّكاح والإجارة بمَهْر المِثْل وأُجْرةِ المِثْل ضرورةَ صِحّةِ العَقْد، فلا يَتعدّاهما.

وتجبُ في الموهوب بشرطِ العِوَض ابتداءً؛ لأنّه بيعٌ انتهاءً علىٰ ما يَأتيك في الهِبةِ.

وكذا تَجبُ في الصُّلْح عن إقرارٍ أو سُكُوتٍ؛ لأنّه مُقابلةُ المال بالمال علىٰ ما يأتي في الصُّلْح إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (**وتجبُ بعد البَيْع**)؛ لأنّ بالرَّغبة عن المِلك تجب الشُّفْعة، وبالبيع يُعْرَفُ ذلك، ولهذا لو أَقَرَّ المالك بالبَيع أَخَذها الشَّفيع وإن كَذَّبَه المُشْتري.

وخِيار البائع يَمْنعُ الشُّفعة؛ لأنّها لم تخرج عن ملكه، وخِيار المُشتري لا يمنَعُهُ؛ لخروجها عن ملكِ البائع، وخِيارُ الرُّؤية والعَيْب لا يَمْنع.

قال: (**وتستقرُّ بالإشهاد**)؛ لأنّ بالإشهادِ يُعْلِمُ طَلَبُه؛ إذ لا بُدّ من طَلَبِ المواثبة علىٰ ما يأتي، فيَحْتاج إلىٰ إثباتِه عند القاضي، وذلك بالإشهاد، فإذا شَهِدَ به الشُّهود استقرَّتْ.

قال: (**وتُمْلَكُ بالأَخْذ**) إذا أخذها من المشتري أو حَكَمَ له بها حاكمٌ؛ لأنّ بالعَقْد تَمَّ المُلكُ للمُشتري، فلا يَنْتَقِلُ عنه إلا برضاه أو بقضاء: كالرُّجوع

في الهِبة، حتىٰ لو باع الشَّفيع ما يُشْفَعُ به قَبْلَ ذلك الطَّلَب بعد الطَّلب بطلَتْ شُفْعَتُه.

وكذا لو مات في هذه الحالةِ بَطَلَت ولا تُورَثُ.

قال: (**والمسلمُ والذِّميُّ سواءٌ**)؛ لعموم النُّصوص، ولأنّ السَّببَ موجودٌ، وهو الاتصال، والمعنىٰ يشملُهم، وهو دفعُ الضَّرر.

قال: (**وتجب للخليط في نفس المبيع، ثم في حقِّ المَبيع، ثمّ للجار**).

أمّا الخَليط[1]؛ فلقوله ﷺ: «الشُّفعةُ لشريك لم يُقاسم»[2].

وأمّا في حقّ المبيع[3]؛ فلقوله ﷺ: «جار الدَّار أحقّ بشُفْعة الدَّار

---

(١) الخليط في نفس المبيع: وهو الشريكُ في ملكِ المبيع، بأن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة، فإن كانت له حصّة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه، والعقار يطلق علىٰ الأرض أو علىٰ البناء مع الأرض، فالاشتراك في البناء فقط لا يثبت له هذا النوع من الشفعة، كما في مرشد الحيران ١: ٧٦، ودرر الحكام ٢: ٧٥٣.

(٢) فعن عن جابر ﷺ، قال ﷺ: «إنّما جُعِل النَّبيُّ ﷺ الشَّفعة في كلّ ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطُّرق فلا شفعة» في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، وصحيح ابن حبان ١١: ٥٩٢.

(٣) الخليط في حق المبيع: شريك في حقوق الملك: وهو عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص: كنهر لا تجري فيه السفن، أو الطريق الخاص، سواء كان خاصاً بدار واحدة أو بمجموعة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ، فإذا بيعت دار في زقاق غير

والأرض، وينتظر إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»[١].

وأمّا الجار[٢]؛ فلما تقدّم، ....

نافذ فجميع أهله شفعاء، يستوي فيه الملاصق والمقابل والأعلىٰ والأسفل، كما في الوقاية ص٧٨٩، ومجلة الأحكام العدلية٢: ٧٥٣، ومرشد الحيران١: ٧٧.

(١) فعن جابر ﵁، قال ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥١٨، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٠، وقال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ٩، ١٤: «رجاله ثقات، ولم يتفرد به الملك، بل روىٰ البخاري ومسلم معناه».

وعن عبادة بن الصامت ﵁، قال: «قضىٰ ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور» في مسند أحمد ٥: ٣٢٦، وفيه انقطاع، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ١٠: «لكن الانقطاع غير مضر لا سيما إذا تأيد برواية جابر وغيره».

(٢) الجارُ الملاصقُ نوعان:

أولاً: حقيقيّ: وهو مَن له عقارٌ متصلٌ بالعقار المبيع، وليس بينهما ممر؛ لضيق التصاق العقارين، حتىٰ لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة للجار.

ثانياً: حكميّ: وهو مَن له عقارٌ متصلٌ حُكماً، كما لو بيعت شقّة من عمارة، فيكون حقّ الشفعة سواء لاصقته تلك الشقة من العمارة، أو كانت في أقصىٰ العمارة فلم تلاصق نصيبه.

وإذا كان السفلُ لشخص والعلو لآخر، يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً، وكذلك مَن كان له خشبة موضوعة علىٰ حائط لا ملك فيه، أو كان شريكاً في خشبة موضوعة علىٰ حائط، يعتبر جاراً ملاصقاً لا شريكاً، كما في درر الحكام٢: ٧٥٥، ومرشد الحيران١: ٧٨.

ولقوله ﷺ: «الجار أحقّ بسَقَبه»[١]: أي بسبب قُرُبه. ورُوي أنه قيل: «يا رسول الله، ما سَقَبُه؟ قال: شُفْعَتُه»[٢]؛ ولأنّها تثبت لدفع ضرر الجار من حيث إيقادُ النَّار، وإثارةُ الغُبار، وإعلاءُ الجدار.

وتجب على ما ذكرنا من التَّرتيب؛ لقوله ﷺ: «الشَّريك أحقُّ من الخَليط، والخليطُ أَحقّ من غيره»[٣]، وفي رواية: «والخَليطُ أحقُّ من الجار»[٤]، فالشَّريُك في الرَّقبة، والخَليط في الحقوق، ولأنّ الشَّريك أَخَصُّ بالضَّرر، ثمّ الخليط، ثم الجار؛ لأنّ الشَّريكَ شاركَهما في المعنى وزَاد، وكذلك الخَليط شاركَ الجار، وزاد عليه، فيترجّح؛ لقوَّة السَّبب.

---

(١) فعن أبي رافع مولى النبي ﷺ: «الجار أحق بسَقَبه» في صحيح البخاري ٢: ٧٨٧، وسنن الترمذي ٢: ٦٥٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٦.
وعن جابر ﷺ أن النبي ﷺ: «قضى بالشفعة بالجوار» في الجوهر النقي٦: ١٠٧، وقال: سند صحيح.
(٢) فعن م الشريد ﷺ، قال ﷺ: «المرء أولى بسقبه» قال: فقلت لعمرو: ما سقبه؟ قال: شفعته» في مسند أبي داود الطيالسي٢: ٦٠٢.
(٣) فعن شريح: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه» في مصنف عبد الرزاق٨: ٧٨.
وعن الشعبي: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيعُ أحقّ من الجار، والجار أحق ممن سواه» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٣٨،
(٤) فعن الشَّعبي ﷺ، قال ﷺ: «الشَّفيعُ أولى من الجار، والجار أولى من الجنب» في مصنف عبد الرزاق٨: ٧٩، ومصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٣٧، وجودوا هذا المرسل، كما في الإخبار٢: ١٨٥.

فإن سَلَّم الشَّريك في الرّقبة يصير كأن لم يكن، فيأخذها الشَّريُك في الحُقوق، فإن سَلَّم أخذها الجار، والمرادُ الجارُ الملاصق، وإن كان بابُه إلىٰ سِكّةٍ أُخرىٰ؛ لأنّه هو الذي يَسْتَضِرُّ بما ذكرنا من المعاني.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: لا حَقّ لهما مع الشَّريك في الرَّقبة وإن سَلَّم؛ لأنّه حجبَهُما، فلا حقّ لهما معه كالحجب في الميراث، ووجه الظَّاهر ما ذكرنا، ولأنّهم استووا في السَّبب، لكنّه تَقَدَّم؛ لما ذكرنا، فإذا سَلَّمَ عَمِلَ السَّببُ في حقِّهما لزوال المانع: كالدَّين بالرَّهن وبغير رهن إذا أَسْقط المُرْتَهنُ حَقَّه.

وحَقُّ المبيع: الطَّريق الخاصّ، وهو ما لا يكون نافذاً، والنَّهرُ الخاصُّ: وهو ما لا تجري فيه السُّفن.

قال: (**وتقسم على عددِ الرُّؤوس**)، وصُورتُه: دارَ بين ثلاثةٍ: لأحدِهم النِّصف، وللآخرِ الثُّلث، وللآخرِ السُّدس، باعَ أحدُهم نصيبَه فالشُّفعةُ للباقين علىٰ السَّواء؛ لاستوائهما في السَّبب، وهو الاتصال، ألا تَرَىٰ أنّه لو انفرد أحدُهم أخذ الجميع، فدَلَّ علىٰ استوائهم في السَّبب، وكان المعنىٰ يشملُهم، وهو لحوق الأذىٰ، فيستوون في الاستحقاق.

وكذا لو كان لهما جاران: أحدُهما: مُلاصق من ثلاثِ جَوانب، والآخر: من جانب واحدٍ، فهما سواءٌ لاستوائهما في لحوق الضَّرر والسَّبب.

قال: (**وإذا عَلِم الشَّفيع بالبَيْع ينبغي أن يُشهِدَ في مجلس عِلمِه على**

الطَّلب)[1]، وهذا طالبُ المُواثبة، وهو على الفَوْر[2]، قال ﷺ: «الشُّفْعةُ لمَن واثبها»[3]، وقال ﷺ: «إنّما الشُّفْعةُ كنَشْطة عِقال، إن قَيَّدتَها ثَبَتَت وإلا ذَهَبَت»[4].

ورُوِي عن مُحمَّد رضي الله عنه: أنه على المجلس[5]؛ لأنّه تمليكٌ، فيحتاج إلى التَّروي والنَّظر، فلا يَبْطُلُ خِياره ما لم يوجد منه ما يَدُلُّ على الإعراض: كخِيار القَبول والمُخَيَّرة.

---

(١) لأَنَّه حقّ ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس؛ إذ الأخذ بالشفعة تَمَلُّك مال معصوم بغير إذن مالكه؛ لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم، فلا يستقرّ إلا بالطلب على المواثبة، كما في البدائع ٥: ١٧.

(٢) أي على فور العلم بالبيع إذا كان قادراً عليه، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة، ورَجَّحَها الكاسانيُّ رضي الله عنه في بدائع الصنائع ٥: ١٧، وإليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى، وعليه الفتوى، كما في الجواهر، قال في التصحيح ص٢٦١: «قال في الحقائق: والطلب على الفور، هكذا روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو ظاهر المذهب، وهو الصحيح.

(٣) فعن شريح رضي الله عنه، قال: «إنَّما الشفعة لمن واثبها» في مصنف عبد الرزاق ٨: ٨٣، وذكره قاسم بن ثابت في أواخر غريب الحديث، وفي المعنى ما أخرجه ابن ماجه والبزار وابن عدي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما رفعه: «الشفعة كَحَلّ العقال». ينظر: الدراية ٢: ٢٠٣.

(٤) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «الشفعة كحَلِّ عقال، إن قيد مكانه ثبت، وإلا فاللوم عليه»، أخرجه ابنُ ماجه والبَزَّارُ وابنُ عَدي، قال ابنُ حجر في الدراية٢: ٢٠٣: إسناده ضعيف. وينظر: تلخيص الحبير ٣: ٥٦.

(٥) ذكر الكَرْخيّ أنَّ هذا أصحّ، واختاره بعضُ مشايخ بُخارى، ومشت عليه المتون:

(فإن لم يشهد بعد التَّمَكُّن منه بَطَلَت)؛ لأنّه دليلُ الإعراض، ولا تَبْطل إذا حَمَد الله أو سبحه أو سلم أو شمّت؛ لأنه لا يدلّ على الإعراض، وكذا إذا سأل عن المشتري، وكميّة الثَّمن، وماهيته؛ لأنّه دَليلُ الطَّلَب.

ولو كان في الأربعة بعد الجُمُعة أو قَبْلَ الظُّهر فأتمّها لم تَبْطَل، ولو زاد على ركعتين في غيرها من السُّنن بَطَلَت.

ثمّ هذا الطَّلَبُ إنّما يجب عليه إذا أَخْبَره به رجلٌ عَدْلٌ، أو رجلان مَسْتوران، أو رَجلٌ وامرأتان.

وعندهما: يكفي خبرُ الواحد رَجلاً كان أو امرأةً أو صَبياً، حراً أو عبداً إذا كان الخبر حقّاً، وتمامه يأتيك في الوكالة إن شاء الله تعالى.

والمعتبرُ الطَّلَب دون الإشهاد، وإنما الإشهاد للإثبات، حتى لو صَدَّقه المشتري على الطَّلَب لا يحتاج إلى شُهود.

قال: **(ثمّ يُشْهِدُ على البائع إذا كان المَبيع في يدِه أو على المشتري أو عند العَقار)**، وهذا طلبُ التَّقرير؛ لأنّه قد لا يُمكنه الإشهاد على طَلَب المُواثبة؛ لأنّه على الفور، فيحتاج إلى هذا الطَّلَب الثَّاني للإثبات عند القاضي، فإن كان المَبيعُ في يدِ البائع لم يُسَلِّمه، فإن شاء أَشْهد عليه، وإن شاء على المشتري؛ لأنّ

كالوقاية ص٧٨٩، وهو الأصحّ، كما في الدرر ٢: ٢٠٩، وقال في مختارات النوازل: وعن محمد رضي الله عنه: أنَّه يوقف إلى آخر المجلس، فإن قام منه أو اشتغل بشيء آخر بطلت شفعته، وهو الصحيح»، وقال ابن عابدين في رد المحتار ٥: ١٤٣: وهذا ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية، فيقدم على ترجيح المتون بمشيهم على خلافه؛ لأنَّه ضمني.

كلَّ واحدٍ منهما خصمٌ: البائع باليدِ والمشتري بالملك، وإن شاءَ عند المَبيع لتعلُّق الحَقِّ به، وهو أن يقول: إنّ فلاناً باع هذه الدَّار ويذكر حُدُودَها الأربعة، وأنا شَفيعُها طَلَبْتُ شفعتَها، وأطلبها الآن، فاشهدوا عليَّ بذلك.

وإن كان البائع قد سلّمها لا يجوز الإشهاد عليه؛ لأنّه لم يَبْقَ خَصْماً، فإذا فعل ذلك لا يَثْبُتُ.

(**ولا تسقطُ بالتَّأخير**)، وعن أبي يوسف رضي الله عنه: إن تركَه مجلساً أو مجلسين من مجالس الحُكم بَطَل.

وعنه: ثلاثةُ أيّام؛ لأنّه دليلُ الإعراض.

وقدَّره مُحمّدٌ رضي الله عنه بشَهْر؛ لأنّ المشتري يتضرَّر بالتَّأخير لنقص تَصَرُّفاته، فقدَّره بالشَّهر؛ لأنّه أقلّ الآجل وأكثر العاجل، ومرادُهما إذا ترك لغير عذر.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه حقّ ثبت، فلا يسقطُ بالتَّأخير كسائر الحقوق، وضرر المشتري يُمكن دفعُه بالمُرافعة إلى القاضي، حتى يُوقِّت له وَقْتاً يوفِّيه فيه الثَّمن، وإلا يَبْطُل حَقّه.

قال في «الهداية»: والفتوى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه[1]، وقال في

---

(١) وهو ظاهر الرواية، وفي الهداية ٤: ٢٨، والملتقى ص١٧٨، والدر المختار ٥: ١٤٤، والغرر ٢: ٢١٠، وتنوير الأبصار ص٢٠٣: وعليه الفتوى، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رضي الله عنه، وفي رواية أخرى قال: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته، ولم يوقت فيه وقتاً، وروي عنه أنَّه قدّره بما يراه القاضي، كما في البدائع ٥: ١٩.

«المحيط»: والفتوى على قولهما[1]؛ دفعاً للضَّرر عن المشتري؛ لأنه قد يَخْتَفي الشَّفيع، فلا يَقْدِرُ على إحضارِه إلى القاضي، فيُدْفَعُ الضَّرَرُ بقولهما.

قال: (**وإذا طَلَبَ الشَّفيعُ الشُّفعة عند الحاكم سأل الحاكم المُدَّعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يَشْفَعُ به، أو قامت عليه بَيِّنَةٌ، أو نَكَلَ عن اليَمين أنّه ما يَعْلَمُ به ثَبَتَ ملكُه**).

وينبغي أن يَسأل المدَّعي أوّلاً عن مَوْضِع الدَّار وحدودِها نَفْياً للاشتباه، ثمّ يسأله عن سببِ الاستحقاق لاختلافِ الأسباب، فإذا بَيَّن ذلك، وقال: أنا شفيعُها بدار لي تلاصقُها صَحَّت دَعواه، وشَرَطَ بعضُهم تحديد داره أيضاً.

---

(١) وهو رواية عن أبي يوسف، وقال شيخ الإسلام وقاضي خان: به يفتى، ومشى عيه في الوقاية ص٧٩٠، والنقاية ص٢٥١، والذخيرة، والمحيط، والخلاصة، والمضمرات، والمغني، وفي الشرنبلالية ٢: ٢١٠: إنَّه أصح ما يفتى به، وإليه مال ابن عابدين في رد المحتار ٥: ١٤٤، وأيده.

قال في التصحيح ص٢٦٢-٢٦٣ بعد نقل عبارة الهداية: إنَّ قول أبي حنيفة ﷺهو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى، واعتمده النَّسفي كذلك، لكنَّ صاحب الهداية خالف هذا في «مختارات النوازل»، وقال: إنَّ الفتوى على قول محمد ﷺ. ومثله قال الحسام الشهيد في الصغرى، قلت: ووقع نظير ذلك للحسام الشهيد، فقال في الواقعات: لا تبطل أبداً، وبه نأخذ، وقال في «الصغرى»: والفتوى اليوم على قولهما، فيحمل على الرجوع إلى هذا، والله أعلم».

ثمّ بعد ذلك يَسأل القاضي المُدَّعىٰ عليه، فإن اعترفَ بملكِهِ الذي يَشْفَعُ به فلا حاجة إلىٰ البَيِّنةِ، وإن لم يَعْتَرفْ طلبَ من المُدَّعي البَيِّنة؛ لأنّ اليدَ لا تَكفي للاستحقاق، فإن أقامَها يَثْبُتُ، وإلا استُحْلِف المُدَّعىٰ عليه بالله لا يَعْلَمُ أنّه مالكٌ للدَّار التي ذكرها يَشْفَعُ بها؛ لأنّه لو أَقرّ بذلك لزمه، فإذا أَنْكَرَ عليه يحلف ويحلف علىٰ العِلْم؛ لأنّه فعلُ الغَيْر، فإذا نَكَلَ ثَبَتَ الملك.

ثمّ يسأله القاضي عن الشِّراء، فإن اعترفَ به أو قامَت البَيِّنة عليه ثَبَتَ، وإلا استَحْلَفَ المشتري: بالله ما ابتاع أو ما يَسْتَحِقّ عليه شفعةً من الوجه الذي ذكر.

ويستحلفُ علىٰ البَتات؛ لأنّه فِعْلُه، فإذا نَكَلَ قُضِي له بالشُّفْعة، وإن لم يحضر الثَّمن، ذَكَرَه في «الأصل»؛ لأنّ الثَّمنَ إنّما يجب بانتقال المِلك إليه، ولا يَنْتَقِلُ إلا بالقَضاء، فلا يجب عليه الإحضارُ قَبْلَه، كما لا يجب علىٰ المشتري قَبْلَ البَيْع.

ورَوَىٰ الحَسَنُ عن أبي حنيفة ﷺ: أنّه لا يُقْضي ما لم يُحضر الثَّمن؛ لأنّه قد يكون مُفْلِساً، فيتضرَّرُ المُشتري، وهو مَرْويٌّ عن محمّد ﷺ.

وإذا قُضِي له وأخذها من المشتري يَثْبُتُ له فيها أحكامُ البَيْع من خِيار رُؤيةٍ وعَيْبٍ وغيرِهما؛ لأنّه بمَنْزِلةِ الشِّراء؛ لأنّه مُقابلةُ مالٍ بمالٍ، ولا يَثْبُتُ له خِيار الشَّرط، ولا الأَجَل؛ لعدم الشَّرط.

قال: (**وللشَّفيع أن يُخاصم البائعَ إذا كان المَبيعُ في يده**)؛ لأنّه خَصْمٌ علىٰ ما بيَّنّا.

(ولا يَسْمَعُ القاضي البيِّنَةَ إلا بحضرةِ المُشْتري، ثمّ يَفْسَخُ البَيْعَ، ويَجعل العُهْدةَ على البائع)؛ لأنَّ اليدَ للبائع والملكَ للمُشْتري، والقاضي يَقْضي بها للشَّفيع، فيُشْتَرطُ حضورُهما، بخلاف ما بعد القَبْض؛ لأنَّ البائعَ كالأَجنبيّ.

فإذا أخذها من البائع تتحوَّلُ الصَّفقةُ ويصير كأن الشَّفيعَ اشتراها من البائع، فلهذا تكون العهدة عليه.

ولو أخذَها من المشتري بعد القَبْض فالعهدةُ عليه؛ لأنّه تَمَّ ملكُه بالقبض.

قال: **(وللشَّفيع أن يُخاصِمَ وإن لم يحضر الثَّمَن، فإذا قُضِي له لزمه إحضارُه)**، وقد تَقَدَّمَ الكلامُ فيه.

قال: **(والوَكيلُ بالشِّراء خَصْمٌ في الشُّفعةِ حتى يُسَلِّمَه إلى الموكِّل)**؛ لأنّ حقوقَ العَقْدِ تَرْجِعُ إلى الوَكيل على ما يأتي بيانُه في الوكالة إن شاء الله تعالى، والشُّفعةُ من حقوقِ العَقْد، فإذا أَسْلَمها إلى الموكِّلِ لم يَبْقَ له يدٌ ولا ملكٌ، فيَصيرُ الموكِّل خَصْماً.

قال: **(وعلى الشَّفيع مثلُ الثَّمَن إن كان مِثْلياً، وإلا قيمتُه)**؛ لأنّ القاضي حكمَ له بالمِلكِ بالعَقْد الأَوّل، فيجب عليه ما وَجَبَ بالعَقْد الأَوَّل.

وإن اشترى الذِّميُّ داراً بخَمْر أو خِنْزيرٍ والشَّفيع ذِميٌّ أخذَها بمِثْلِ الخَمْر؛ لأنّه مِثليٌّ، وقيمةِ الخِنْزير؛ لأنه ليس بمِثْليٍّ، وإن كان مُسلماً أخذها بقيمةِ كلِّ واحدٍ منهما، أمّا الخنزيرُ فلما مَرّ، وأمّا الخَمْرُ؛ فلأنّه ممنوعٌ من تمليكِها وتملُّكِها، فاستَحالَ المِثْلُ في حَقّه، فيُصار إلى القيمةِ.

قال: **(وإن حطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثَّمن سَقَطَ عن الشَّفيع)**؛ لما تقدّم أنَّ الحَطَّ يَلْتَحِقُ بأصلِ العقد، **(فإن حَطَّ النِّصفَ ثمّ النِّصفَ أخذها بالنِّصف الأخير)**؛ لأنّه لمَّا حَطَّ النِّصفَ الأَوّل التحق بأَصل العقد، فوَجَبَ عليه نصفُ الثَّمن، فلمّا حَطَّ النِّصفَ الآخر كان حَطّاً للجميع فلا يَسقُطُ، ألا تَرَىٰ أنّه لو حَطّ الجميعَ ابتداءً لا يَسْقُطُ عن الشّفيع؛ لأنّه لا يَلْتَحِقُ بأصل العقد، بل يكون هبةً، فلا يَسْقُطُ عن الشَّفيع.

(وإن زادَ المشتري في الثَّمنِ لا يلزم الشَّفيع)؛ لاحتمال أنّهما تواضعا علىٰ ذلك إضراراً بالشَّفيع، بخلاف الحَطِّ؛ لأنّه نفعٌ له.

قال: **(وإن اختلفا في الثَّمن، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشتري، والبَيِّنةُ بَيِّنةُ الشّفيع)**؛ لأنّ الشّفيعَ يدَّعِي استِحقاقَ الدَّار عند أداء الأقلّ، والبَيِّنةُ بِيِّنةُ المُدِّعي، والمُشْتري يُنكرُ ذلك، والقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه.

❧ ❧ ❧

فصل

(وتَبْطُلُ الشُّفْعةُ بمَوْتِ الشَّفيعِ وتَسليمِهِ الكلَّ أو البَعْضَ، وبصلحِهِ عن الشّفعة بعِوَضٍ، وببيعِ المشفوع به قَبْلَ القَضاء بالشُّفعة، وبضمان الدَّرَكِ[1] عن البائع، وبمُساوَمَتِه المشتري بَيْعاً وإجارةً).

أمّا بطلانها بالموت؛ فلأنّ ملكَه زال بالموت، وانتقل إلى الوارث، وبعد ثبوته للوارث لم يوجد البَيْع، فلا يثبت له حَقُّ الشُّفعة، والمرادُ إذا مات بعد البَيْع قبل القَضاء بالشُّفْعة.

أمّا إذا مات بعد القَضاء لَزِمَ وانتقلَتْ إلى ورثتِهِ ولَزِمَهم الثَّمَن.

وأمّا تَسْلِيمُه الكلّ؛ فلأنّه صَريحٌ في الإسقاطِ.

وأمّا البَعْضُ؛ فلأنّ حَقّ الشُّفعةِ لا يَتَجزّأ ثُبُوتاً؛ لأنّه يَمْلِكُه كما ملكه المشتري، والمشتري لا يَمْلِكُ البَعْضَ؛ لأنّه تفريقُ الصَّفقة، فلا يتجزّأ إسقاطاً، فيكون ذِكْرُ بعضِه كذِكْرِ كلِّه.

---

(١) الدَّرَك: ما يأخذه المشتري من البائع رهناً بالثمن خوفاً من استحقاق المبيع، كما في معجم الفقهاء ص٢٠٨.

وأمّا الصّلح عنها؛ لأنّ الشّفعةَ حقّ التّملُّك وليس حقّاً مُتقرِّراً، فلا يصحُّ الاعتياض عنه: كالعِنّين إذا قال لامرأته: اختاري تَرْكَ الفَسْخَ بألف، أو قال للمُخَيَّرة: اختاريني بألف، فاختارت سَقَطَ الفَسْخُ، ولا شيء لهما، ويجب عليه ردّ العِوَض؛ لأنّه لم يُقابله حقٌّ مُتقرِّرٌ، فلا يكون تجارةً عن تراض فلا يحلُّ.

وأمّا بيعُ المشفوع به قَبْلَ القَضاء بالشُّفْعة؛ لزوال سببِ الاسْتِحْقاق قبل القضاء، وهو نظيرُ الموت.

وأمّا ضَمانُ الدَّرَك عن البائع؛ فلأنّه قد ضَمِن للمشتري بقاءَها على ملكِه وسلامتَها له، وذلك يَتَضَمَّن تسليمَ الشُّفعة.

وأمّا مُساوَمةُ المشتري بَيْعاً وإجارة؛ فلأنّه دليلُ الرِّضا بثبوتِ المِلك للمشتري وتصرّفه فيه بيعاً وإجارةً، وذلك لا يكون إلا بعد إسقاطِ الشُّفْعة.

وكذلك إذا طَلَبَها منه توليةً أو أخذها مُزارعةً أو مُعاملةً، وكلُّ ذلك إذا كان بعد العِلْم بالشِّراء.

قال: (**ولا تَبْطُلُ بمَوْتِ المُشْتري**)؛ لأنّ المُستحقّ، وهو الشَّفيع قائمٌ، وحَقُّه مُقدَّمٌ على حقِّ المُشْتري، حتى لا تنفذَ وصيَّتُهُ فيه، ولا يُباعُ في دينِه، فيكون مُقدّماً على حقِّ الوارثِ.

قال: (**ولا شفعةَ لوكيل البائع**)؛ لأنّه سَعَى في نقضِ فعلِه، وهو كالبيع، وكذا إذا كان له الخِيار فأَمضاه.

(ولوكيل المُشْتري الشُّفعة)؛ لأنّه لا يَنْقُضُ فعلَه؛ لأنّه مثل الشِّراء، لأنّه سَعَىٰ في زَوال ملكِ البائع.

قال: **(وإذا قيل: للشَّفيع إن المُشتري فلانٌ فَسَلَّمَ، ثمّ تَبَيَّن أنّه غيرُه، فله الشُّفعة)**؛ لتفاوت النَّاس في الجوار، فقد يَرْضَى لفلان لخيره ولم يرض بغيره، فلم يوجد التَّسليم في حَقِّه.

وكذا لو ظَهَرَ أنّ المُشتري اشتراها لغيره.

ولو قيل: إنّ المُشْتري زَيْدٌ فسَلَّم، فإذا هو زيدٌ وعمرو، فله أخذُ نصيب عمرو.

(وإذا قيل له: إنّها بيعت بألفٍ، فسَلَّمَ ثمّ تَبيّنَ أنّها بيعت بأقلّ أو بمكيل أو موزون، فهو على شُفْعَتِهِ).

أمّا الأوّل؛ فلأنّ الرّضا بالأَكثر لا يكون رِضى بالأقلّ.

وأمّا الثّاني؛ فلاحتمال تَعَذُّر الدّراهم عليه وتيسُّر ما بيع به من المكيل والموزون، وكذلك العدديُّ المتقارب، وسواءٌ كانت قيمتُه ألفاً أو أقلّ أو أكثر؛ لأنّ الواجبَ المثل.

ولو قيل: بيعَتْ بألفِ دِرْهمٍ فَظَهَرَ أَنّها بيعَتْ بمئةِ دِينار، قال الكَرْخيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إن كانت قيمتُها ألفاً أو أكثرَ بطلت، وإن كانت أقلَّ لم تَبْطُل، وهو قول أبي يوسف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ؛ لأنهما جُعِلا كجنسٍ واحدٍ في الثَّمنيّة.

وأشار مُحمّد رضي الله عنه في «الأصل» إلى بقاء الشُّفعة، وهو قول أبي حنيفة وزُفر رضي الله عنهم؛ لأنّهما جِنسان مختلفان، حتى يجوزَ بيع أحدِهما بالآخر مُتفاضلاً، ولأنّه رُبّما يَسْهُلُ عليه أحدُهما دون الآخر.

ولو قيل: بيعَتْ بألفٍ ثمّ حَطَّ البائعُ عن المشتري، فله الشُّفعة؛ لأنّ الحَطَّ يلتحقُ بأَصْل العَقِد فصار كأنّه باعها بأقلّ.

قال: (**ولا تُكْرَهُ الحِيلةُ في إسقاط الشُّفْعة قبل وُجوبها**) عند أبي يوسف رضي الله عنه؛ لأنّه منعٌ من وجوبِ الحقّ[1]، ويُكره عند مُحمّد رضي الله عنه[2]؛ لأنّها شُرعت لدفع الضَّرر، والحِيلةُ تُنافيه، والحِيلةُ في إسقاط الزَّكاة على هذا.

قال: (**ومَن باع سَهْماً ثم باع الباقي، فالشُّفْعةُ في السَّهم الأَوَّل لا غير**)؛ لأنّ الشَّفيعَ جار، والمشتري شريك في المبيع ثانياً، فيُقَدَّم عليه، وهذه حيلة، وهو أن يبيعَ الأوّلَ بثمن كثير والباقي بثمن قليل.

---

(١) لأَنَّه يحتال لدفع الضرر عن نفسه، وهو الأخذ بلا رضاء، والحيلةُ لدفع الضرر عن نفسه مباح، وإن تضرَّر الغير في ضمنه، وهو رواية عن الإمام، كما في مجمع الأنهر٢: ٤٨٦.

(٢) قيل: الاختلاف قبل البيع، أما بعده فهو مكروه بالإجماع، وظاهر الهداية: اختيار قول أبي يوسف رضي الله عنه، وقد صرّحَ به قاضي خان، فقال: والمشايخ في حيلة الاستبراء والزكاة أخذوا بقول محمد ، وفي الشفعة بقول أبي يوسف رضي الله عنه، ويؤيّده قوله في مختارات النوازل: الحيلة في إسقاط الزكاة عنه أيضاً اختلاف، والصحيح فيه قول محمد رضي الله عنه، كما في التصحيح٢٦٦.

وإن اشتراها بثمن ودفع عنه ثوباً أخذها بالثَّمن الأوّل؛ لأنّه يَسْتَحِقّ المبيعَ بما وقعَ العقدُ عليه؛ لما مَرّ، وهذه أيضاً حيلةٌ، وهو أن يعقدَ العقدَ بألف مثلاً، فيدفع عنها ثوباً يُساوي مئةً.

قال: (**وإن اشتراها بثَمَنٍ مؤجَّلٍ، فالشَّفِيعُ إن شاء أدَّاه حالاً، وإن شاء بعد الأجل ثمّ يأخذ الدَّار**)؛ لأنَّ الرِّضا بالتَّأجيل على المُشْتري لا يكون رضاً بالتَّأجيل على الشَّفيع؛ لتفاوت النَّاس في المَلاءة والإعسار، والوَفاء والمَطل، ولأنّه ليس من حقوق العقد، ولم يشترطه الشَّفيع، فلا يثبت له، فإن أدّاه حالاً وأخذها من البائع سَقَطَ الثَّمَن عن المشتري؛ لوصوله إلى البائع، وإن أخذها من المشتري، فالثَّمَنُ على حالِهِ مؤجَّلٌ للبائع على المشتري، عملاً بالشَّرْط، وصار كما إذا اشتراه مُؤجَّلاً وباعَه حالاً.

وإن أدَّاه بعد الأَجل فله ذلك؛ لأنّ له أن لا يَلْتَزمَ زِيادةَ الضَّرر، لكن لا بُدّ من طلبِهِ على الوجِه الذي بيَّنّاه، فإذا ثَبَتَ أَخَّرَ أدَّاءَ الثَّمَن.

قال: (**وإذا قَضَي للشَّفيع وقد بَنَى المُشتري فيها، فإن شاء أخذها بقيمةِ البناء، وإن شاء كَلَّفَ المشتري قَلْعَه**)، وهذا قول أبي حنيفة وزُفر ومُحمّد ﷺ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف ﷺ.

وروى عنه ابنُ زياد ﷺ: أنّه يَأخذها بالثَّمن وقيمةِ البناء أو يَتْرك، والغَرْسُ مثلُ البناء؛ لأنّه بَنَى في ملكِ نفسِهِ؛ لأنّ تصرُّفَه فيه صحيحٌ، حتى لو أَجَّره طابَ له الأَجر، والقَلْعُ من أحكام العُدْوان، فلا يُكَلِّفَه: كالزَّرع وكالموهوبِ له.

ولنا: أنّه تَعَدَّىٰ من حيث إنّه بَنَىٰ في ملكٍ تَعلَّقَ به حقُّ الغير من غير تَسْليطٍ من ذلك الغَيْر، فينقضُ صيانةً لحقّه، وضررُ النَّقض لحقِّ المشتري بفعلِه، فلا يُعتبر، ولأنّ الشَّفيع استحقَّه بسببٍ سابق، وهو مُقَدَّمٌ علىٰ المُشْتَري فينقُضُهُ، كما في الاسْتِحْقاق، ولهذا تَنْتَقِضُ جميعُ تصرّفاتِه، بخلافِ الموهوب له؛ لأنّ صاحبَ الحقِّ سَلَّطَه.

وأمّا الزَّرع، فالقياسُ أن يَقْلَعَه، لكن استحسنوا أن يَبْقىٰ في الأرض بالأُجرة؛ لأنّ لها نهايةً، فلا ضَرَرَ فيه كالبناء، وذكر في «المحيط»: أنَّ الزَّرع يُتْرَكُ بغير أَجر.

وإن أَخَذَه بالقِيمة، فقيمتُه مَقْلوعاً، ويُعْرَفُ تمامُه في الغصب.

قال: (**ولو بَنَى الشَّفيع ثمّ اسْتُحِقَّت رَجَعَ بالثَّمَن لا غَيْر**)، ولا يرجع بقيمتِه علىٰ المشتري، ولا علىٰ البائع؛ لأنّ الرَّجوع إنّما ثَبَتَ في المسألة الأولىٰ؛ ولأنّ البائعَ خَدَعَ المشتري، وضَمِنَ له التَّمكُّن من التَّصرُّف كيف شاء، ولم يضمَنْ للشَّفيع ذلك أحدٌ؛ لأنّه أخذه بغير اختيار البائع ولا المشتري، فلم يكن مَغْروراً ولا يَرْجِع، ولأنّه لما استُحقّ ثبت أنّه أَخَذَه بغير حَقّ.

أمّا الثَّمن، فإنّه عِوَضٌ عن المبيع، فإذا لم يَسْلَم المَبيع يَرْجعُ بالثَّمن.

قال: (**وإذا خَربَتْ الدَّار أو جَفَّ الشَّجَر، فالشَّفيعُ إن شاء أخذ السَّاحة بجميع الثَّمن، وإن شاء تَرَكَ**)، وكذلك لو احترقت أو غَرِقَت؛ لأنّ البِناءَ تَبَعٌ ووصفٌ للسَّاحة، حتىٰ يدخلُ في البيعِ بغير ذكرٍ، فلا يُقابله شيءٌ من الثَّمن ما لم يكن مقصوداً: كأطراف العَبْد، ولو باعهما مرابحةً باعها بجميع الثَّمَن.

قال: (**وإن نَقَضَ المشتري البِناء، فالشَّفيعُ إن شاء أخذَ العَرَصة بحِصَّتِها، وإن شاء تَرَكَ**)؛ لأنّه صار مَقْصوداً بالإتلاف، فيقابلُه شيءٌ من الثَّمن كأطراف العَبْد، وكذا إذا فعله أَجْنبيٌّ، وكذا إذا نَزَعَ باب الدَّار وباعَه، وليس له أخذ النَّقض؛ لأنّه صار مَفصولاً فلم يَبْقَ تبَعاً، أو صار نَقْلياً، فلا شفعةَ فيه.

قال: (**وإن اشترى نَخْلاً عليه ثمرٌ، فهو للشَّفيع**)، معناه إذا شَرَطَه في البَيْع؛ لأنّه لا يَدْخُلُ بدون الشَّرْط على ما مَرّ في البيوع، فإذا شَرَطَه دَخَلَ في البيع واستحقّ بالشُّفْعة؛ لأنّه باعتبار الاتصال صار كالنَّخل، وهذا استحسان، والقياسُ أن لا شفعةَ فيه؛ لعدم التَّبعيّة حتى لا يدخل في البَيْع بدون الشَّرط.

وإذا دَخَلَ في الشُّفْعة، (**فإذا جَذَّه المُشتري نَقَصَ حِصَّتَه من الثَّمن**)؛ لأنّه صار مقصوداً بالذِّكر، فقابله شيءٌ من الثَّمن، وليس له أن يَأخذ الثَّمرة؛ لأنّها نقليّةٌ.

ولو لم يكن على النَّخل ثمرٌ وقتَ البيع فأَثْمَرَ، فللشَّفيع أَخذه بالثَّمَرة؛ لأنّ البيعَ سَرَىٰ إليه، فكان تَبَعاً، فإذا جَذَّها المشتري، فللشَّفيع أن يأخذ النَّخَل بجميع الثَّمن؛ لأنّ الثَّمرةَ لم تكن موجودةً وقت العقد، فلم تكن مقصودةً، فلا يُقابلها شيءٌ من الثَّمن.

ﻫ ﻫ ﻫ

كتاب الإجارة

(وهي[1] بَيْعُ المنافع، جُوِّزت على خلافِ القياس لحاجة النَّاس).

---

(١) الإجارة لغةً: اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، وقد آجره إذا أعطاه أجرته، فالإجارة هي بيع المنفعة لغةً؛ ولهذا سمي المهر أجراً بقوله ﷻ: {فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}[النساء: ٢٥] أي مهورهن؛ لأنَّ المهر بدل منفعة البضع، كما في المغرب ص٢٠، والعين ٦: ١٧٣، والأساس في البلاغة ص٦، والكليات ص٧٢٨.

واصطلاحاً: هي بيع نفع معلوم بعوض معلوم دين أو عين.

والدين: كالنقود والمكيل والموزون، والعين: كالثياب والدواب، كما ي بدائع الصنائع ٤: ١٧٤، والوقاية ص٧٢٨.

وشرائط الإجارة:

أولاً: شرط الانعقاد: أن يكون العاقد عاقلاً، حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل.

ثانياً: شرائط النفاذ:

١. الملك والولاية؛ فلا تنفذ إجارة الفضولي؛ لعدم الملك والولاية.

٢. تسليم المُستأجَر في إجارة المنازل ونحوها إذا كان العقد مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، والمقصود بالتسليم: التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في إجارة المنازل ونحوها.

٣. خلو العقد عن شرط الخيار، فإن كان فيه خيار، لا ينفذ في مدة الخيار.

ثالثاً: شرائط الصحّة:

١ .رضا المتعاقدين فلا تصح مع الإكراه والهزل والخطأ؛ لأنَّ هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الإجارة؛ ولهذا منعت صحة البيع.

٢ .أن يكون المعقود عليه ـ وهو المنفعة ـ معلوماً علماً يمنع من المنازعة.

٣.أن يكون المُستأجَر مقدور الاستيفاء حقيقةً وشرعاً؛ لأنَّ العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه، فلو استأجر سيارة مغصوبة، فإنَّه لا يصح؛ لأنَّه لا يقدر على استيفاء المنفعة حقيقة؛ للعجز عن التسليم حقيقة؛ إلا إذا استأجرها الغاصب، فإنَّه يصح.

٤ .أن لا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة.

٥ .أن يكون المؤاجر مقبوضاً للمؤجر إذا كان منقولاً.

٦ .أن تصلح الأُجرة ثمناً، فما يصلح ثمناً في البياعات يصلح أُجرة في الإجارات.

٧.أن لا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه: كإجارة السكنى بالسكنى.

٨.أن يخلو عقد الإجارة عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يُلائمه.

رابعاً: شروط اللزوم:

١.أن يكون العقد صحيحاً؛ لأنَّ العقد الفاسد غير لازم، بل هو مستحق النقض والفسخ؛ رفعاً للفساد حقاً للشرع، فضلاً عن الجواز.

٢ .أن لا يكون بالمستأجَر عيب في وقت العقد، أو وقت القبض يخل بالانتفاع به؛ فإن كان لم يلزم العقد؛ لأنَّ السلامة مشروطة دلالة، فتكون كالمشروط نصاً كما في بيع العين.

٣.أن يكون المستأجَر مرئياً للمستأجِر؛ حتى لو استأجر داراً لم يرها ثُمَّ رآها فلم يرض بها فإن له أن يردها.

اعلم أنّ التَّمليك نوعان: تمليكُ عَيْن، وتمليكُ مَنافع.

وتمليك العين نوعان:

بعِوَضٍ: وهو البَيْع، وقد بيّنّاه.

وبغيرِ عِوض: وهو الهِبةُ والصَّدقةُ والوَصِيّةُ، وسيأتيك أبوابها إن شاء الله تعالى.

وتمليكُ المَنافع نوعان:

بغير عِوَض: وهو العارية والوَصية بالمِنافع على ما يأتيك.

وبعِوَض: وهو الإجارةُ، وسُمِّيت بيعُ المنافع؛ لوجود معنى البيع، وهو بذل الأعواض في مقابلة المنفعة، وهي على خلافِ القِياس؛ لأنّ المَنافعَ معدومةٌ، وبيعُ المَعْدوم لا يجوز، إلا أنا جوَّزناها لحاجةِ النَّاس إليها.

ومَنَعَ شَمْسُ الأئمةِ السَّرَخْسيّ ﵁ هذا، وقال: إنّما يُشْتَرَط الملك، والوجود للقُدْرة على التَّسليم، وهذا لا يَتَحقَّق في المَنافع؛ لأنّها عَرَض لا

٤.سلامة المستأجَر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به؛ فإن حدثَ به عيبٌ يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازماً.

٥.عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجَر، فإن حدث بأحدهما أو بالمستأجَر عذر، لا يبقى العقد لازماً، وله أن يفسخه، كما في حاشية الطحطاوي ٤: ٣٣، وبدائع الصنائع ٤: ١٨٢-١٨٣، وشرح الوقاية ص٧٣٨.

.

تَبْقَىٰ زَمانين، فلا معنىٰ للاشتراط، فأَقَمْنا العَيْن المُنْتَفع بها مقامَ المنفعة في حقِّ إضافةِ العَقْد إليها؛ ليترتب القَبول علىٰ الإيجاب: كقِيام الذِّمّة التي هي محلُّ المُسَلِّم فيه مَقام المَعْقود عليه في حَقّ جَواز السَّلَم.

وتَنْعَقِدُ ساعةً فساعةً علىٰ حَسَبِ حُدوثِ المَنْفعة؛ ليقترن الانعقاد بالاستيفاء، فيَتَحَقَّقُ بهذا الطَّريق التَّمَكُّن من استيفاء المعقود عليه.

والدَّليلُ علىٰ جَوازِها قوله تعالىٰ: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦]، وقوله تعالىٰ: {لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا} [الزخرف: ٣٢]: أي بالعمل بالأجر. وقال ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجره»(١)، وبُعِثَ ﷺ والنّاسُ يتعاملون بها فأقرَّهم علىٰ ذلك، وعليه الإجماعُ.

ولا تَنْعَقِدُ بلفظ البَيْع؛ لأنّه وَضعٌ لتمليك الأعيان، والإجارةُ تمليكُ منافعَ معدومةٍ.

ويَبْدأ بتسليمِ المَعْقود عليه؛ ليتمكّن من الانتفاع؛ لأنّ عَيْنَ المَنْفعة لا يُمكن تسليمُها، فأَقَمنا التَّمكين من الانتفاع مَقامه.

قال: **(ولا بُدَّ من كون المَنافع والأُجرة مَعلومةً)** قطعاً للمُنازعة؛ ولما تَقَدَّمَ من الحديث.

---

(١) فعن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة رضي الله عنهما، قال ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجرته» في مسند أبي حنيفة ص٨٩، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٣٦٦، والفردوس ١: ٣٠٧، وغيرها.

قال: (**وما صَلُحَ ثمناً صَلُحَ أُجرةً**)؛ لأنّها ثمنٌ أيضاً.

فالمَكيلُ والمَوْزونُ والمَزْروعُ والمَعْدودُ والمُتَقاربُ يَصْلُحُ أُجرةً على الوجه الذي يصلح ثَمَناً، والحيوان يَصْلُحُ إن كان عَيْناً، أمَّا دَيناً فلا؛ لأنّه لا يثبت في الذّمّة.

والمنفعةُ تَصْلُحُ أُجرةً في الإجارة إذا اخْتَلَفَ جِنْساهما، ولا تَصْلح ثَمناً في البَيْع؛ لأنّ الثَّمنَ يُمْلكُ بنفسِ العَقْد، والمَنْفعة لا يُمْكن تمليكُها بنفس العَقْد.

قال: (**وتَفْسَدُ بالشُّروطِ، ويَثْبُتُ فيها خِيار الرُّؤيةِ والشَّرْطِ والعَيْب، وتُقالُ وتُفْسَخُ**)، كما في البيع.

قال: (**والمَنافعُ تُعْلَمُ بذِكْرِ المدّةِ كسُكْنَى الدَّار وزَرْع الأَرْضين مُدّةً معلومةً**)؛ لأنّ المدّةَ إذا عُلِمَت تَصيرُ المَنافِعُ مَعْلومةً.

(**أو بالتَّسْميةِ كصَبْغ الثَّوْب، وخِياطتِه، وإجارةِ الدّابّة لحَمْل شيءٍ مَعْلوم أو لِيَركَبَها مَسافةً مَعْلومةً**)؛ لأنّه إذا بَيَّنَ لَوْنَ الصَّبْغ وقَدْرَه وجِنْسَ الخِياطةِ وقَدْرَ المَحْمول وجِنْسه والمَسافة تَصير المَنافع مَعْلومةً.

(**أو بالإشارةِ كحَمْل هذا الطَّعام**)؛ لأنّه إذا عُرِف ما يَحْمِلُه والمَوْضع الذي يَحْمِلُه إليه تصير المَنْفعةُ مَعْلومةً.

قال: (**وإن استأجرَ داراً أو حانوتاً، فله أن يَسْكُنَها ويُسْكِنَها مَن شاء ويَعْمَلَ فيها ما شاء**) من وضع المَتاع وربط الحيوان وغيره وإن لم يُسَمِّ ذلك؛

لأنّ المَقْصودَ المُتَعارف من الدُّور والحَوانيت ذلك، ومَنافعُ السُّكنى غيرُ مُتَفاوتةً في ذلك.

قال: (**إلا القِصارةَ والحِدادةَ والطَّحْن**)؛ لأنّها تُوهنُ البناء، وفيه ضررٌ، فلا يقتضيه العَقد إلا بالتَّسمية.

وإن كانت الدَّار ضَيِّقةً ليس له أن يَرْبِطَ الدَّابَّة فيها؛ لعدم العادة.

قال: (**وإن استأجرَ أرضاً للزِّراعةِ بَيَّنَ ما يُزْرع فيها أو يَقُول: على أن يَزْرعَها ما شاء**)؛ لأنّ مَنافعَ الزِّراعةِ مُخْتلفةٌ.

وكذلك تَضَرُّرُ الأرضِ بالزَّراعةِ مختلفٌ باختلافِ المزروعاتِ، فيُفْضي إلى المُنازعة، فإذا بَيّن ما يُزرع أو قال: على أن يَزْرعَها ما شاء انقطعت المُنازعة.

(**وهكذا رُكوب الدَّابة ولُبْس الثَّوب**)، وكلُّ ما يختلفُ باختلافِ المُسْتَعْمِلين؛ لأنّ النَّاسَ يختلفون في الرُّكوب واللُّبس، فيفضي إلى المنازعة، فإذا عَيَّنَ أو أَطْلَقَ فلا مُنازعةَ.

(**إلا أنَّه إذا لَبِس أو رَكِب واحدٌ تعيَّن**)، فليس له أن يُركب أو يُلبس غيرَه، كما إذا عَيّنه في الابتداء.

ويَدْخل في إجارةِ الدّور والأَرْضين الطَّريقُ والشِّربُ؛ لأنّ المقصودَ المنفعة ولا منفعة دونها.

قال: **(وإذا استأجر أَرْضاً للبناء والغَرْس فانقضت المدّةُ يجب عليه تسليمُها فارغةً كما قَبَضَها)**؛ ليتمكن مالكُها من الانتفاع بها، فيقلع البناء والغَرْس؛ لأنّه لا نهايةَ لهما.

(والرَّطْبةُ كالشَّجر)؛ لطول بَقائه في الأرض.

أمّا الزَّرْعُ فله نِهايةٌ معلومةٌ، فيُتْرَكُ بأَجر المِثْل إلى نهايته رعايةً للجانبين.

(فإن كانت الأرضُ تنقصُ بالقَلْع يَغْرَمُ له الآجر قيمةَ ذلك مَقْلوعاً ويَتَمَلَّكُه) ترجيحاً لجانبِ الأرض؛ لأنّها الأَصلُ، والبناءُ والغَرْسُ تبعٌ، وإنّما يغرمُ قيمتَه مَقْلوعاً؛ لأنّه مُسْتَحِقُّ القَلْع، فتُقَوَّمُ الأَرضُ بدون البناء والشَّجر، وتُقَوَّمُ وبها بناء أو شجر، ولصاحب الأرض أن يأمره بقلعِهِ، فيضمن فضل ما بينهما.

(وإن كانت الأرضُ لا تَنْقُصُ، فإن شاءَ صاحب الأرض أن يضمنَ له القيمة)، كما تَقَدَّم، **(ويتملَّكُه، فله ذلك برضى صاحبه أو يتراضيان، فتكون الأرض لهذا والبناء لهذا)**؛ لأنّ الحقَّ لهما.

قال: **(وإن سَمَّى ما يحملُه على الدّابّة: كقَفيز حنطةٍ، فله أن يَحْمِلَ ما هو مثلُهُ أو أخفُّ كالشعير، وليس له أن يَحْمل ما هو أَثْقل كالملح.**

وإن زادَ على المُسمّى فعَطِبَت ضَمِنَ بقدر الزِّيادة، وإن سَمَّى قَدْراً من القُطْن فليس له أن يَحْمِلَ مثلَ وزنِهِ حَديداً).

والأصلُ[١] أنّ المستأجرَ إذا خالفَ إلىٰ مثلِ المُشْرُوط أو أَخَفّ، فلا شيء عليه؛ لأنّ الرِّضا بأعلىٰ الضَّررين رضى بالأدنىٰ، وبمثله دلالة.

وإن خالف إلىٰ ما هو فوقه في الضرر فعطبت الدابّة، فإن كان من خلاف جنس المشروط ضمن الدابّة؛ لأنه متعد في الجميع ولا أجر عليه.

وإن كان من جنسه ضَمِنَ بقدر الزّيادة وعليه الأجر؛ لأنها هلكت بفعل المأذون وغير مأذون، فيقسم علىٰ قدرهما، إلا إذا كان قَدْراً لا تُطيقُه فيضمَنُ الكلَّ؛ لكونه غيرَ معتادٍ، فلا يكون مأذوناً فيه.

والحديدُ أضرُّ من القُطن؛ لأنّه يجتمع في موضعٍ واحدٍ من ظَهْر الدَّابّة، والقُطْنُ يَنْبَسِطُ.

قال: (**وإن استأجرها ليركبها، فأردف آخر ضَمِن النِّصف**)، وهي نظيرُ الزِّيادة من الجنس تعليلاً وتفصيلاً.

قال: (**فإن ضربَها فعَطِبَت ضَمِنَها**)، وكذلك إن كَبَحها بلجامها، إلا أن يكون أذن له في ذلك.

وقالا: لا يضمن إلا أن يتجاوز المعتاد؛ لأنّه لا بُدّ من الضَّرب المتعاد في السّير، فكان مأذوناً فيه؛ لأنّ المعتادَ كالمشروط.

---

(١) والأصل: أنَّ مَن استحقَّ منفعةً مقدرةً بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز؛ لدخوله تحت الإذن، ولو أكثر لم يجز؛ لعدم دخوله تحته، كما في اللباب ١: ٢٥٠.

ولأبي حنيفة: أنّ السِّيرَ يُمكن بدون ذلك بتحريك الرِّجل والصَّيحة، فلا يملك ذلك إلا بصَريح الإذن.

وكذا لو استأجر حِماراً بسرج فأَوْكَفَه[1] ضَمِن عنده.

وقالا: لا يضمن إلا أن يكون أثقل من السرج، فيضَمَّن قدرَ الزِّيادة، أو يكون لا يُوكف بمثله الحُمُر، فيضمن الكلّ؛ لأنه إذا كان يوكَفُ بمثلِه الحمر صار هو والسَّرج سواء، فيكون مأذوناً فيه دلالةً.

وله: أنّ الإكافَ للحَمْل والسَّرْج للركوب، فكان خلافَ الجنس؛ ولأنّه ينبسط على ظَهْر الدَّابة أكثر من السَّرْج، فكان أضرّ، فيضمن للمُخالفة.

(١) الإيكاف والأكاف من الراكب شبه الرِّحال والأقتاب، كما في اللسان١: ١٠٠.

فصل [أنواع الأجراء]

(**الأجراء**:

١. **مشترك**[١]: **كالصّباغ والقصّار**)؛ لأنّ المعقودَ عليه إمّا العَمَل أو أثره، والمنفعةُ غيرُ مستحِقةٌ، فله أن يعمل للغير، فكان مشتركاً.

(**ولا يستحقُّ الأُجرةَ حتى يَعْمَلَ**)؛ لأنّ الأجرةَ لا تستحقُّ بالعَقْد على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

(**والمالُ أمانةٌ في يده**)[٢]؛ لأنّه قبضَه بإذن المالك، فلا يضمنه، (**إلا أن**

---

(١) وهو الذي يعمل لعامة الناس كالخياط، ويستحقّ الأجر بالعمل، ولا يضمن ما هلك في يده، كما في شرح الوقاية ص٧٣٩-٧٤٠.

(٢) هذا قول أبي حنيفة وزفر والحَسَن ﷺ، وجزم به أصحابُ، المتون مثل: الملتقى ص١٦٣، والتنوير ص١٨٩، والغرر ٢: ٢٣٥، وغيرها، وفي مجمع الأنهر٢: ٣٩١: «وفي الخانية: والفتوى على قول الإمام، وفي المنح: وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات... وكان هو المذهب».

وفي الدرر٢: ٢٣٥، وفتح باب العناية ٢: ٤٤٠: واختار المتأخرون من أصحابنا الصلحَ على النصف بكلّ حال، وأفتوا به عملاً بأقوال الصحابة ﷺ والفقهاء بقدر

يتلف بعملِه: كتخريق الثَّوب من دقِّه وزَلَق الحَمّال وانقطاع الحَبْل من شدِّه[1] **ونحو ذلك)**؛ لأنّه مضافٌ إلى فعلِه، وهو لم يؤمر إلا بعمل فيه صلاحٌ، فإذا أفسده فقد خالف فيَضْمَنُ، **(إلا أنّه لا يَضْمَنُ الآدمي إذا غَرِق في السَّفينة من مدّه، أو سَقَطَ من الدَّابّة بسَوْقِه وقَوْدِه)**، لأنّ الآدميَّ لا يضمنُ بالعَقْد، وإنّما يضمنُ بالجناية[2].

الإمكان، أي: عملاً بالقولين، ومعناه عمل في كلِّ نصفٍ بقول، حيث حطّ النصف وأوجب النصف، بزّازية، قال في شرح الملتقى: قال الزاهدي: على هذا أدرَكتُ مشايخنا بخوارزم، وأقرّه القُهُستاني، اهـ، وفي جامع الفصولين منهم: شمس الأئمة والأوزجندي وأئمة فرغانة، كما في ردّ المحتار٦: ٦٥.

وفي التبيين: وبقولهما يفتى اليوم؛ لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم، اهـ، وقال العيني: وبه يعني بما قالا أفتى بعضهم، وبقول الإمام رضي الله عنه آخرون، وأفتى بالصلح جماعة منّا، اهـ، وقال قاضي خان: والمختار في الأجير المشترك قول أبي حنيفة رضي الله عنه، اهـ، كما في الشرنبلالية٢: ٢٣٥.

(١) لأنَّ التلف الحاصلَ به حصلَ من تركه التوثيق في شدِّ الحبل وغرق السفينة من مدّ الملاح إيّاها، كما في جامع الرموز٢: ٧٧.

(٢) ولهذا لا تتحمله العاقلة إلاّ إذا كان بالجناية، وقيل: هذا إذا كان كبيراً ممّن يستمسك على الدابّة ويركب وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنَّه لا فرق، كما في التبيين٥: ١٣٦، قال الأتقاني: والصحيح عدم الفرق، هكذا روى ابنُ سماعة عن أبي يوسف رضي الله عنه في الرضيع، كما في الشلبي٥: ١٣٦، وفي مجمع الضمانات ص١٨٩: «رجل حمل صبياً على دابة فقال له: امسك لي، فسقط الصبيّ عن الدابة، كان ديةُ الصبيّ على عاقلة الذي حمله على كل حال، سواء كان الصبيّ يستمسك على الدابّة أو لا».

ولو غَرِقت من مَوْج أو رِيحٍ أو صَدْمِ جَبَلٍ أو زوحم الحمال، فلا ضمان عليهم؛ لأنّه لا فعل لهم في ذلك.

ولو تَلِفَ بفعل أجير القَصّار لا متعمداً، فالضَّمان على الأستاذ؛ لأنّ فعلَ الأجير مضافٌ إلى أُستاذه.

وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: يَضْمنُ سواءٌ هَلَكَ بفعله أو بغير فعله، إلا ما لا يُمكن الاحتراز عنه: كالمَوْت والحريق والغَريق الغالب، والعدوِّ المكابر؛ لأنّه يجب عليه حفظه عمّا يُمكن التَّحرُّز عنه، فإذا تركه ضَمِن، كما إذا هَلَكَ بفعله، وهو مَرْوي عن عُمر(١) وعليّ(٢) رضي الله عنهما.

ثمّ إن شاء ضَمِنه مَعْمولاً وأعطاه الأَجر وغيرَ مَعْمول، ولا أَجر له.

وقال زُفر رضي الله عنه: لا يضمن في الوجهين؛ لأنّه عملٌ بأمر المالك، وصار كأَجير الوحد.

وجوابه ما مرّ لأبي حنيفة رضي الله عنه.

---

(١) فعن بكير بن الأشج: «أن عمر بن الخطاب كان يضمن الصناع الذين في السوق وانتصبوا للناس ما دفع إليهم» في الموطأ١: ٦٢، ولفظه ابن أبي شيبة١١: ٨٣: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضمن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم».

(٢) فعن علي رضي الله عنه: «أنه كان يُضَمِّنُ القُصّار والصُّواغ، وقال: لا يصلح النَّاس إلا ذلك» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٨٣.

قال: (**ولا ضَمان على الفَصّاد والبَزّاغ**[1] **إلا أن يتجاوزَ الموضعَ المعتاد**)؛ لأنّه إذا فعل المعتادَ لا يُمكنُه الاحتراز عن السِّراية؛ لأنّه يبتني على قُوَّةِ المِزاج وضَعْفِه، وذلك غيرُ معلوم، فلا يتقيَّد به، بخلاف دَقِّ الثَّوب؛ لأنّ رِقَّتَه وثَخانتَه تُعرفُ لأهل الخِبْرة به، فتُقَيَّدُ بالصَّلاح.

ولو قال للخيّاط: إن كفاني هذا الثَّوب قميصاً فاقطعه فقطعه، فلم يكفه ضَمِن؛ لأنّه إنّما أذن له في القَطْع بشرطِ الكفاية.

ولو قال له: هل يَكفيني؟ فقال: نعم، قال: فاقطع فلم يَكْفِهِ لا يَضْمَنُ؛ لأنّه أمره بالقَطْع مُطلقاً.

٢.قال: (**وخاصٌّ**[2]: **كالمستأجر شهراً للخِدمةِ ورَعي الغَنَم ونحوه**)؛ لأنّ منافعَه صارت مستَحَقة للمُستأجر طول المدّة، فلا يُمكنه صرفها إلى غيره، فلهذا كان خاصّاً، ويُسمّى أَجير الوَحْد أيضاً.

(**ويَسْتَحِقُّ الأُجرة بتسليم نفسِه وإن لم يَعْمَل**)؛ لأنّها مقابلةٌ بالمَنافع، وإنّما ذَكَرَ العَمَل لصرفِ المَنْفعةِ المُسْتَحَقّة إلى تلك الجهة، ومنافعُه صارت مُستوفاة بالتَّسليم تقديراً، حيث فوَّتها عليه، فاستحقّ الأُجرة.

---

(١) بزَّاغ: أي بيطار، هو خاص بالبهائم، كما ي رد المحتار٥: ٤٣.

(٢) وهو الذي يعمل لواحد، ويستحقُّ الأَجر بتسليم نفسه مُدّته وإن لم يعمل، أي: إذا سَلَّم نفسه ولم يعمل مع التَمكُّن، أَمّا إذا امتنعَ من العمل ومضت المدّة أو لم يتمكّن من العملِ لعذر ومضت المدَّة لم يستحقّ الأجر؛ لأنَّه لم يوجد تسليم النفس، كما في الكفاية٨: ٦٨.

قال: **(ولا يضمن ما تَلِفَ في يده)**؛ لما مرّ، **(ولا بعملِه إذا لم يتعمَّد الفَساد)**؛ لأنّ المعقودَ عليه المنفعةَ، وهي سَليمةٌ، والمعيبُ العملُ الذي هو تَسليم المَنفعة، وهو غيرُ معقودٍ عليه، ولا يكون مَضْموناً عليه، ولأنّ المَنافعَ إذا صارت ملكاً للمستأجر، فإذا أمره بالعمل انتقلَ عملُه إليه؛ لأنّه يصيرُ نائباً عنه، فيصير كأنّه فعله بنفسِهِ.

وما تلف من عملِه ضَمانُه على أُستاذِه؛ لما أنّه أَجيرٌ خاصٌّ.

قال: **(ومَن استأجر جملاً، فليس له أن يُسافر به، إلا أن يشرطَه)**؛ لأنّ خدمةَ السّفر أشقّ، فلا ينتظمها العقد إلا بشرط، وعليه استخدامه عملا بالعرف في الاستخدام.

ﷺ ﷺ ﷺ

فصل [استحقاق الأجرة]

(والأجرةُ تستحقُّ باستيفاءِ المعقودِ عليه أو باشتراطِ التَّعجيل أو بتعجيلِها)؛ لأنّ الأجرةَ لا تجب بنفسِ العَقْد؛ لقوله ﷺ: «أعطوا الأجيرَ أجرَه قبل أن يجفَّ عرقُه»(١)، ولو وَجَبَت بنفس العَقْد لما جاز تأخيره إلا برضاه، والنَّصُّ يقتضي الوجوب بعد الفَراغ؛ لأنّ العَرَقَ إنّما يوجد بالعَمَل، ولأنّ المَنْفعةَ لا يُمكن استيفاؤها لذي العَقِد؛ لأنّها تحدثُ شَيئاً فشَيْئاً، وهي عقدُ مُعاوضةٍ، فتقتضي المساواة، فلا تجب الأُجرةُ بنفس العَقْد، فإذا استوفى المعقودَ عليه استحقَّ الأُجرةَ عملاً بالمساواة، وإذا اشترط التَّعجيل أو عَجَّلها، فقد رَضِي بإسقاطِ حَقِّه في التَّأجيل فيَسْقُط.

قال: **(وإذا تَسَلَّمَ العينَ المستأجرة، فعليه الأجرةُ وإن لم ينتفع بها)**؛ لأنّ تسليم المنفعة غيرُ ممكن فأُقيم تسليم العين مقامها فيتمكن من الانتفاع.

---

(١) فعن ابن عمر ﭬ، قال ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» في سنن ابن ماجة ٢: ٨١٧، والمعجم الصغير ١: ٤٣، ومسند الشهاب ١: ٤٣٣، قال المنذري في الترغيب ٣: ١٤: من رواية عبد الرحمن بن زيد وقد وثق.

وعن أبي هريرة ﭬ قال ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثمَّ غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره» في صحيح البخاري ٢: ٧٩٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٦.

قال: (**فإن غُصِبَت منه سَقَطَ الأَجر**)؛ لأنّه زال التَّمكُّن، فبطلت لما بيَّنّا أنّها تنعقد شيئاً فشيئاً.

ولو غصبها في بعضِ المدّةِ سقطت حصتُه؛ لما بيَّنّا.

قال: (**ولربِّ الدّار أن يُطالبَ بأُجرةِ كلِّ يوم**)، وكذا جميع العَقار؛ لأنّ أحدَ
العِوَضين صار مُنْتفعاً به مدّةً مَقْصودةً، فيجب أن يكون العِوَضُ الآخر كذلك تحقيقاً للمساواة.

وقضيةُ ما ذكرنا: أنّ له المطالبة ساعةً فساعةً، إلا أنّ فيه حرجاً عظيماً، وضرراً ظاهراً فقدّرناه باليوم تيسيراً، ولأنّا لا نَعْرِفُ حِصّة كلِّ ساعةٍ.

قال: (**والجَمّالُ بأُجرة كلّ مرحلةٍ**)؛ لما بيّنّا.

وعن أبي يوسف ﵁: إذا سار ثلث الطَّريق أو نصفه لزمه التَّسليم.

وعن أبي حنيفة ﵁: إذا انقضت المدّة وانتهى السَّفر، وهو قولُ زُفر ﵁؛ لأنّ المعقودَ عليه شيءٌ واحدٌ، وهو قَطْعُ هذه المسافة أو سُكْنى هذه المدّة، فلا ينقسم الأَجر على أجزائها كالعَمَل، وكأن أبا يوسف ﵁ أقام الثُّلُث أو النِّصف مقام الكلِّ على أصلِه، وجوابه ما بيّنّا، ثمّ رجع أبو حنيفة ﵁ إلى ما ذكرنا أوّلاً.

قال: (**وتمامُ الخبزِ إخراجُه من التَّنور**)، وكذلك الآجرُ؛ لأنّه لا يُنْتفعُ به قبل ذلك، فلو احترق أو سَقَطَ من يدِه قبل ذلك، فلا أَجر له بهلاكه قبل

التَّسليم، وإن هَلَكَ بعد الإخراج بغير فعلِه، فلا ضمان عليه وله الأَجر؛ لأنّه سَلَّمه إليه حيث وضعه في بيته ولم يهلك بفعلِه.

قال: **(وتمامُ الطَّبخ غَرْفُه)** إن كان في وليمةٍ، وإن طُبِخ قدر طَعام لصاحبه، فليس عليه الغَرف للعرف.

قال: **(وتمامُ ضَرْب اللَّبِن إقامَتُه)**.

وقالا: تشريجُه؛ لأنّ بالتَّشريج يؤمن عليه الفَساد، وهو من عملِه عرفاً فيلزمه.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّ العملَ تمّ بالإقامة؛ لأنه يُمكنه الانتفاع به من غيرِ خللٍ، فلا يلزمُه شيءٌ آخر، والتَّشريجُ[1] فعلٌ آخر، فلا يلزمه إلا بالشَّرط.

ولو كان في غير ملكه، فما لم يُشَرِّجه ويُسلمُه إلى المستأجر فلا أجر له، وهو في ضمانِه.

قال: **(ومَن لعلمه أثرٌ في العين: كالصَّبّاغ والخَيّاط والقَصّار يحبسها حتى يستوفي الأَجر)**؛ لأنّ له حبسَ صبغه وغيره بحبس المحلّ حتى يستوفّي الثَّمن كالمبيع، **(فإن حبسَها فضاعت لا شيءَ عليه)**؛ لأنّه أمانةٌ في يده، **(ولا أَجرَ له)**.

وعندهما: هو مضمونٌ بعد الحبس كقبْلِه، فإن ضَمِنَه مَعْمولاً، فله الأجر، وغيرُ معمول لا أَجر له.

---

(١) أي: ينضدها بضم بعضها إلى بعض، كما في البناية٧: ٨٩١.

قال: **(ومَن لا أثر لعملِه: كالحَمّال والغَسّال ليس له ذلك)**؛ لأنّه ليس له عينٌ يحبسها، والمعقودُ عليه نفس العمل، فلا يتصوّر حبسه، فإن حبسه فهو غاصب.

قال: **(وإذا شَرَطَ على الصَّانع العمل بنفسِه ليس له أن يستعملَ غيرَه)**؛ لأنّ العملَ يختلف باختلاف الصُّناع جودةً ورداءةً، فكان الشَّرطُ مُفيداً، فيتعيّنُ كما تتعيّن المنفعة في محلّ بعينه، وإن أطلقَ له العَمَل، فله أن يعمل بنفسِه وبغيره؛ لأنّ المستحقّ مطلق العمل، ويُمكنه إيفاؤه بنفسِه وبغيره فافترقا.

قال: **(وإن قال: إن سَكَنتُ هذا الحانوت عطاراً فبدرهم، وحَداداً بدرهمين جاز، وأي العَمَلين عمل استحقَّ المُسمَّى له)**.

وقالا: الإجارةُ فاسدةٌ.

وعلى هذا الخِلاف إن استأجر دابّةً إلى الحيرة بدرهم وإلى القادسية بدرهمين، أو إن حمل عليها كرَّ شعيرٍ فبدرهمٍ وكرَّ حِنْطة بدرهمين.

لهما: أنّ المعقودَ عليه أحدُ الشَّيئين، والأَجْرُ أحد الأُجرين، وتجب بالتَّخلية والتَّسليم وأنّه مجهول، بخلاف الخياطة الرُّوميّة والفارسيّة؛ لأنّ الأجرةَ تجب بالعمل، وبه ترتفع الجهالة فافترقا.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه خيَّره بين عقدين مختلفين صحيحين؛ لأنّ سكنى العطّار تخالف سكنى الحداد، حتى لا تدخل في مطلق العقد، وكذا بقيّة

المسائل، والإجارة تُعْقَدُ للمنفعة، وعندها ترتفع الجهالة، فيصحّ كالفارسية والرُّومية، وإن وجب الأجر بالتَّسليم يجب أقلّهما للتَّيقُّن به.

ولو قال: إن خطّت هذا الثَّوب فارسيّاً فبدرهم، ورومياً فبدرهمين جاز، وأيّ العملين عمل استحقّ أُجرته، وقد مَرّ وجهه.

وقال زفر رضي الله عنه: الإجارةُ فاسدةٌ؛ لجهالةِ البدل في الحال، وجوابه ما مرّ.

فصل [الإجارة الفاسدة]

اعلم أنّ الإجارةَ تفسدُ بالشُّروط كما يفسدُ البيع، وكلُّ جهالة تفسدُ البيع تُفسدُ الإجارةَ، من جهالةِ المعقودِ عليه أو الأُجرةِ أو المدّةِ؛ لما عُرِف أنّ الجهالةَ مفضيةٌ إلى المنازعة.

والأصلُ قوله ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجره»(١)، شرطَ أن تكون الأجرةُ معلومةً كما شرطَه في البيع.

ولو آجر الدَّار على أن يُعمِّرَها أو يطيِّنَها أو يضعَ فيها جذعاً، فهو فاسدٌ لجهالة الأُجرة؛ لأنّ بعضَها مجهول؛ لأنّه لا يدري ما يحتاج إليه من العِمارة.

ويُعرفُ غيرها من الشُّروط المُفسدة لَمن يتأمّلها فتُقاس عليها.

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن استأجر أجيراً فليعلمه أجرته» في مسند أبي حنيفة ص٨٩، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٢٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٣٦٦، والفردوس ١: ٣٠٧، وغيرها.

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنَّ رسول الله ﷺ: «نهى عن استئجار الأجير ولم يبيِّن، حتى يبيِّن له أجره» في مراسيل أبي داود ص١٦٨، قال الشيخ شعيب: رجاله ثقات رجال مسلم إلا أنَّ إبراهيم لم يسمع من أبي سعيد.

(**وإذا فَسَدَت الإجارةُ يجب أَجر المِثْل**)؛ لأنّ التَّسميةَ إنّما تجب بالعُقود الصَّحيحة، أمّا الفاسدةُ، فتجبُ فيها قيمةُ المَعْقود عليه كما في البَيع، وقال ﷺ في النِّكاح بغير مهر: «فإن دَخَلَ بها فلها مهرُ مِثْلها لا وَكَسَ ولا شَطَط»[1]، فدلّ على وجوب القيمة في العقد الفاسد.

(**ولا يُزاد على المُسمّى**)؛ لأنّ المَنافعَ لا قيمة لها إلا بعقد أو شبهة عقد ضرورة لحاجة النّاس، وقد قوَّماها في العقدِ بما سميا، فيكون ذلك إسقاطاً للزّيادة، بخلاف البيع؛ لأنّ الأَعيانَ متقوّمةٌ بنفسها، فإذا بَطَلَ المُسمّى يصير كأنّها تَلِفَت بغيرِ عقدٍ، فتجب القيمة.

قال: (**وإذا استأجر داراً كلَّ شهر بدرهم صَحَّ في شهرٍ واحدٍ**)؛ لأنّه معلومٌ، (**وفَسَدَ في بقيّة الشُّهور**)؛ لأنَّ «كلَّ» كلمةٌ للعموم وأنّه مجهول[2]، (**إلا**

---

(١) فعن ابن مسعود ﷺ سئل عن رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود ﷺ: «لها مثل صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت ففرح بها ابن مسعود ﷺ» في صحيح ابن حبان ٩: ٤٠٩، وجامع الترمذي ٣: ٤٥٠، واللفظ به، وقال: حسن صحيح، وسنن الدارمي٢: ٢٠٧، وسنن النسائي ٣: ٣١٦، ومسند أحمد ٣: ٤٨٠، وأمالي المحاملي ١: ٧٠، وغيرها.

(٢) معناه أن كلمةَ كلّ إذا دخلت على مجهول وأفراده غير معلومة انصرف إلى الواحد؛ لكونه معلوماً، وفسد في الباقي؛ للجهالة، كما في البحر٨: ٢٠.

أن يُسمَّي شهوراً معلومةً)، فيكون صحيحاً في الكلّ؛ لكونه معلوماً.

قال: **(فإذا تَمَّ الشَّهْرُ)** في المسألة الأولىٰ، **(فلكلِّ واحدٍ منهما نقضُ الإجارة)**؛ لانتهاءِ المُدّة، **(فإن سَكَنَ ساعةً في الشَّهر الثَّاني صَحّ العَقْدُ فيه)** أيضاً، **(وكذلك كلُّ شهرٍ سَكَنَ أوّله)**(١)؛ لتمام العَقْد بتراضيهما بالسُّكنىٰ، وقيل: يبقىٰ الخيارُ لهما في أوّل ليلة في الشَّهر ويومها دفعاً للحَرَج عنهما؛ لما فيه من اللزوم بغير التزامهما.

قال: **(ومَن استأجر جملاً ليَحْمِلَ له مَحْمَلاً إلى مَكّة جاز، وله المُعتادُ من ذلك)**، والقياسُ: أن لا يجوز؛ لأنّه مجهولٌ، إلا أنّ الأصلَ أنّ ما لا نَصَّ فيه يُرجع فيه إلىٰ المُتعارف، والمقصودُ الرَّاكبُ والمَحْمِل تبعٌ، والجَهالةُ فيه تَرْتَفعُ بالرُّجوع إلىٰ المعتاد فلا تُفضي إلىٰ المنازعة، وإن شاهد الجَمَّال المَحْمِلَ فهو أولىٰ قطعاً للمنازعة لدلالته علىٰ الرِّضى.

قال: **(وإن استأجره لحمل الزّاد فأكل منه، فله أن يَرُدَّ عِوَضه)**؛ لأنّه يستحقُّ عليه حِمْلَ قَدْرٍ مَعْلومٍ طول الطَّريق، فيُرَدَّ عِوَضَ ما أَكَل، وهو مُعتادٌ

---

(١) هذا موافق لما ذكرر القدوري، وهو القياس، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقىٰ الخيار لكلِّ واحدٍ منهما في الليلة الأولىٰ من الشَّهر ويومها؛ لأنَّ في اعتبار الأول بعض الحرج، «هداية»، وفي «التصحيح»: قال في «الجوهرة» و«التبيين»: هذا قول البعض، أما ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولىٰ من الشهر ويومها، وبه يفتىٰ، قال القاضي: وإليه أشار في ظاهر الرواية وعليه الفتوىٰ، اهـ، كما في اللباب ١ : ٢٥٧ .

عند النّاس إذا نقصَ عليهم، وهكذا غيرُ الزّاد إذا أكله يَرُدُّ مِثْلَه لما بيَّنّا.

ولو استأجر بَعيرين ليحمِلَ على أحدِهما مَحْمِلاً فيه رجلان، وما لهما من الوِطاء والدِّثار(١) ولم يُعاين المُكاري ذلك، وعلى الآخر زامِلةٌ فيه قدر من الزَّاد وما يحتاج إليه من الخَلّ والزَّيت ونحوهما، وما يَكفيه من الماءِ ولم يُبَيِّن قَدْره، وما يَصْلُحُ من القُربةِ وخَيطها والمِيضأة والمِطْهَرة ولم يُبيّن وزنَه، أو شَرَطَ أن يحملَ هدايا من مكّة ما يحملُه النّاس، فهو جائز استحساناً؛ لأنّ ذلك معلومٌ عرفاً، والمعلومُ عُرفاً كالمشروط.

ويَحْمِلُ قربتين من ماءٍ، وإداوتين من أعظم ما يكون.

وكذلك إذا اكترى عُقبةً(٢) للتَّعارف.

وكذلك إذا استأجر دابّةً ليَتَعاقَبا في الرّكوب ينزل أحدهما ويركب الآخر، وإن لم يُبيّن مقدار ما يَرْكب كلّ واحد منهما؛ لجريان التّعارف بذلك.

قال: (**ويجوز استئجار الظِّئر بأُجرة معلومة**)؛ لقوله تعالى: {فَإِنْ

---

(١) الوِطاء: الفراش، والدُّثر جمع دِثار: وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره، كما في العناية٩: ١٥١.

(٢) لعل المقصود بها عقبة الأجير، وفي تفسير عقبة الأجير قولان:
أحدهما: أنّ المستأجر ينزل في كلِّ يوم عند الصَّباح والمساء، وذلك معلوم، فيركب أجيره في ذلك الوقت، ويُسمَّى ذلك عقبة الأجير.
والثاني: أن يركب أجيره كلّ مرحلةٍ فرسخاً أو نحوه مما هو متعارف على خشبة خلف المحمِل، ويُسمّى ذلك عقبة الأجير، كما في الهندية٤: ٤٤٠.

أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق:٦]؛ ولأنّ التَّعامَل بذلك جار بين الناس(١).

قال: (ويجوز بطَعامها وكِسْوَتِها).

وقالا: لا يجوز، وهو القياس للجهالة، فإنّ طعامَها وكسوتها مجهولٌ،

---

(١) القياس أن لا يصح استئجار الظئر؛ لأنَّها تَرِدُ على استهلاك العين، وهو اللبن، فصار كاستئجار الشاة ليشرب لبنها، أو البستان ليأكل ثمره، وجه الاستحسان: قوله تعالى: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦]، وعليه إجماع الأمة، وقد جرى التعامل به في الأعصار من غير نكير، ولا نسلم أنَّ العقد على استهلاك العين، بل على المنفعة، وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن، كما في التبيين٥: ١٢٨، لأنَّ العقدَ يقع على خدمة الصبيّ، واللبن يدخل على طريق التبع، فكان ذلك استئجاراً على المنفعة أيضاً، واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه وإلباسها إياه وطبخ طعامه ونحو ذلك، واللبن يدخل فيه تبعاً، كالصبغ في استئجار الصباغ، كما في بدائع الصنائع ٤: ١٧٤-١٧٥.
لكن في المبسوط ١٥: ١١٩: «وزعم بعض المتأخرين أنَّ المعقودَ عليه المنفعة، وهو القيام بخدمة الصبيّ وما يحتاج إليه، وأمّا اللبن فتبع فيه؛ لأنَّ اللبنَ عين، والعينُ لا تستحقّ بعقد الإجارة، كلبن الأنعام، والأصحّ أنَّ العقدَ يَرِدُ على اللبن؛ لأنَّه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع، والمعقود عليه هو منفعة الثدي، فمنفعة كلّ عضو على حسب ما يليق به»، وفي التبيين ٥: ١٢٧: «وإلى هذا القول مال شمس الأئمة، وقال: هو الأصح، والأول أشبه بالفقه وأقرب إليه، وقال في الكافي: وهو الصحيح».

حتى لو شرط قدراً من الطّعام كلّ يوم وكسوة ثوب موصوف الجنس والطُّول والعَرْض كلّ ستّة أشهر جاز بالإجماع.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنّ العادةَ جرت بالتَّوسعة على الأظآر، وعدم المماسكة معهنّ، وإعطائهنّ شهواتهنّ شفقةً على الأولاد.

ويجب عليها القيام بأمر الصَّبيّ ممّا يصلحه من رضاعِه وغَسْل ثيابه وإصلاحِ طَعامِه وما يُداوى به؛ لأنّ هذه الأعمال مشروطةٌ عليها عُرفاً.

ولو أرضعَته جاريتُها أو استأجرت مَن أرضعَته، فلها الأجر؛ لأنّها بمنزلة الأجير المشترك؛ لأنّ المعقودَ عليه العَمل.

ولو شرط أن ترضعَه بنفسها فأرضعَته جاريتُها، فلا أجر لها للمخالفة فيما فيه تفاوت(١)، وقيل: لها الأَجر؛ لأنّ المقصودَ من الإرضاع حياةُ الصبيّ، وهما سواء فيه، وما بينهما من التَّفاوت يسيرٌ لا يعتبرُ.

ولو أرضعَته بلَبَنِ غَنَمٍ أو بَقَرٍ فلا أَجر لها(٢)؛ لأنّه إيجارٌ وليس بإرضاع.

---

(١) وفي «الذخيرة»: اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنها لا تستحق اهـ ومثله في «التتارخانية»، كما في رد المحتار٦: ٥٤، وفي الدر٦: ٥٤: وهو الأصح، «شرنبلالية».

(٢) لأنَّها استؤجرت على منفعةٍ مخصوصة، وهي خدمةُ الرَّضاع، واللَّبنُ مُسْتَحِقٌّ على طريق التبع كالصَّبْغِ في الثَّوب، كما في خلاصة الدلائل.

قال: **(ولا يُمْنَعُ زوجُها من وطئها)**؛ لأنّ حقَّه ثابتٌ بالنِّكاح قبل الإجارة، وهو قائمٌ بعدها، ولهم منعُه من غشيانها في مَنْزِلهم مخافةَ الحَبَل[1]، ولأنّه ليس له ولاية الدُّخول إلى ملك الغير بغير أَمره، فإن حَبِلَت فلهم فسخُ الإجارة.

وكذلك إن كان الصَّبيُّ لا يرضع لَبَنَها أو يقذفُه أو يتقايأه، أو تكون سارقةً أو فاجرةً، أو يريدون السَّفَر؛ لأنّ كلّ ذلك أعذارٌ، ولأنّ الصَّبيَّ يَسْتَضِرُّ بلَبَنِها.

وكذلك إذا مَرِضَت.

وكذا لو مات الصَّبيُّ أو الظِّئْرُ انتقضت الإجارة.

ولزوجها نَقْضُ الإجارة إذا لم يرض صِيانة لحقِّه.

قال: **(ولا تجوز الإجارة على الطَّاعات كالحجِّ والأَذان والإمامةِ وتعليم القرآن والفقه)**؛ لما روي عن عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه أنّه قال: آخر ما عَهِدَ إليّ رسول الله ﷺ: «أن لا أتخذ مؤذناً يأخذ على الأذان أجراً»[2]، ولأنّ القُرْبة تقع

---

(١) الأولى التعليل بما علل فيه في الهداية٩: ١٠٦: «المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله؛ لأنَّ المنزل حقّه».

(٢) في سنن الترمذي ١: ٤٠٩، وسنن ابن ماجة١: ٢٣٦.

وعن عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه، قال: قلت: «يا رسول الله اجعلني إمام قومي، قال: أنت إمامهم، واتّخذ مؤذِّناً لا يأخذ على أذانه أجراً» في المستدرك١: ٣١٤، وصححه، وصحيح ابن خزيمة١: ٢٢١، وسنن أبي داود١: ٢٠١.

وعن يحيى البكاء ﵁ قال رجل لابن عمر ﵄: «إني لأحبّك في الله، فقال ابن عمر ﵄: لكني أبغضك في الله، قال: ولم؟ فقال: إنك تنقي في أذانك وتأخذ عليه أجراً» في المعجم الكبير١٢: ٢٦٤، ومصنف عبد الرزاق١: ٤٨١.

وعن أُبي بن كعب ﵁ قال: «علمت رجلاً القرآن فأهدى لي قوساً، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: لو أخذتَها أخذتَ قوساً من نار، فردّدتها» في سنن ابن ماجه ٢: ٧٠.

وعن الطفيل بن عمرو الدوسي ﵁، قال: «اقرأني أبي بن كعب القرآن، فأَهديت له قوساً فغدا إلى النبي ﷺ متقلّدها، فقال له النبي ﷺ: مَن سلحك هذه القوس يا أبي؟ فقال الطفيل بن عمرو الدوسي أقرأته القرآن، فقال له رسول الله ﷺ: تقلدها شلوة من جهنم، فقال يا رسول الله: إنا نأكل من طعامهم، فقال: أما طعام صنع لغيرك فحضرت فلا بأس أن تأكله» في المعجم الأوسط١: ١٣٩، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ر٦٤٤٦: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عبد الله بن سليمان بن عمير، ولم أجد مَن ترجمه، ولا أظنه أدرك الطفيل».

وعن عطية بن قيس الكلابي ﵁ قال: «علم أبي بن كعب ﵁ رجلاً القرآن فأتى اليمن فأهدى له قوساً، فذكر ذلك للنبيّ ﷺ، فقال: إن أخذتها فخذ بها قوساً من النار» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١٢٥.

وعن عبد الرحمن بن شبل ﵁، قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به، ولا تجضوا عنه، ولا تغلوا فيه، ولا تستكثروا به» في مسند البزار٣: ٢٦٦، ومسند أحمد٣: ٤٢٩، وصححه الأرنؤوط.

وعن عبادةِ بن الصامت ﵁، قال: «علَّمتُ ناساً من أهل الصفّة القرآن، وأهدى إليّ رجلٌ منهم قوساً، فقلت: ليست بمال وأرمي بها في سبيل الله، فسألتُ النبيّ ﷺ عن

من العامل، قال الله تعالىٰ: {وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ}[النجم: ٣٩]، فلا يجوز له أخذ الأُجرة من غيره: كالصَّوم والصَّلاة.

وكذا لا يجوز علىٰ تَعْليم الصَّنائع(١)؛ لأنّ التَّعليمَ لا يقوم بالمعلِّم بل به وبالمتعلِّم(٢)، وهو ذكاؤه وفطنتُه، فلا يكون مَقْدوراً له، أو نقول هما شريكان، فلا تصحُّ الإجارة من أحدِهما.

(**وبعض أصحابنا المتأخرين قال: يجوز على التَّعليم والإمامة في زماننا**(٣)، **وعليه الفتوى**)(٤)؛ لحاجة النّاس إليه وظهور التَّواني في الأمور الدِّينيّة، وكَسَل

ذلك فقال: إن أردت أن يطوّقك الله طوقاً من نار فاقبلها» في سنن أبي داود٢: ٢٨٥، وسنن ابن ماجة٢: ٧٣٠، ومشكل الآثار٩: ٣٤١، ومسند الشاشي٣: ٤٦١.

(١) في الفتاوىٰ الكبرىٰ: «ويجوز الاستئجار علىٰ تعليم الصنعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشباه ذلك»، كما في البحر٨: ٢٢.

(٢) مما ذكر في الهداية١٠: ٢٨١ للتعليل بعدم جواز الاستجئار علىٰ تعليم القرين: «ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنىٰ من قبل المتعلم، فيكون ملتزماً ما لا يقدر علىٰ تسليمه فلا يصح».

(٣) اقتصرَ صاحب الهداية٣: ٢٤٠ علىٰ استثناءِ تعليمِ القرآن، وزادَ بعضهم الإمامة والأذان، وبعضهم الإقامة والوعظ والتدريس، وقد اتَّفقت كلمتهم علىٰ التعليم للضرورة، وعلىٰ التصريحِ بأصلِ المذهب، وهو عدمُ الجواز، فهذا دليلٌ علىٰ أنَّ المفتىٰ به ليس هو جواز الاستئجار علىٰ كلِّ طاعة، بل علىٰ ما ذكروه فقط ممّا فيه ضرورةٌ ظاهرةٌ تبيح الخروج عن أصل المذهب من طرقِ المنع، كما في رد المحتار٥: ٣٤-٣٥.

(٤) وعليه الفتوىٰ. وتمامه في استحسان الاستئجار علىٰ تعليم القرآن ص٢٢٧،

النّاس في الاحتساب، فلو امتنع الجَواز يَضيع حِفظ القُرآن[١].

ولو استأجر مُصْحفاً أو كتاباً ليقرأ منه لم يجز ولا أَجْر له؛ لأنّ القِراءةَ والنَّظرَ منفعةٌ تحدث من القارئ لا من الكتاب، فصار كما لو استأجر شيئاً لينظر إليه لا يجوز[٢].

قال: (**ولا تجوز على المعاصي كالغِناء والنَّوح ونحوهما**)؛ لأنّها لا تستحقّ بالعقد فلا تجوز[٣].

وقالو: إنما كره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول؛ لأن حملة القرآن كانوا قليلاً، فكان التعليم واجباً، حتى لا يذهب القرآن، فأما في زماننا كثر حلمة القرآن، ولم يبق التعليم واجباً فجاز الاستئجار عليه، كما في المحيط ص١٥١.

(١) فعن أبي سعيد الخدريّ ﷺ رقا بفاتحة الكتاب، وأخذَ قطيعاً من الغنمِ واقتسمه هو وأصحابه بأمرِ النبي ﷺ، وقال ﷺ: «إنّ أحقَّ ما أخذتم عليه أجراً كتابُ الله» في صحيح البخاري٢: ٧٩٥.

(٢) في البدائع٤: ١٧٥: «استئجار المصحف لا يجوز؛ لأن منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه، والنَّظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح، والإجارة بيع المنفعة، والمباح لا يكون محلاً للبيع كالأعيان المباحة من الحطب والحشيش، وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعراً أو فقهاً؛ لأنّ منافعَ الدَّفاتر النَّظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر، فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه، ولو استأجر شيئاً من الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه؛ لانعدام عقد المعاوضة»، وينبغي تقييد هذا بعدم وجود العرف في استئجار الكتب للقراءة، والله أعلم.

(٣) لأنَّ المعصية لا يتصوّر استحقاقها بالعقد، فلا يجبُ عليها الأجرة من غير أن

قال: **(ولا على عَسَب[1] التَّيس)**؛ لنهيه ﷺ عن ذلك[2]، وهو أن يستأجرَ التَّيسَ لينزو على غَنَمِه، ويدخل فيه كلُّ فحلٍ كالحِصان والحَمار وغيرهما.

أمّا النزو بغير أَجر لا بأس به، وأخذ الأَجر عليه حرام.

قال: **(وتجوز أُجرة الحَجّام)**، فقد صَحّ أنّه ﷺ «احتجم وأعطى الحجّام أجره»[3]، والنَّهي[4] الوارد فيه للإشفاق؛ لما فيه من الدَّناءة، وبإجماع المسلمين.

يستحقَّ هو على الأجير؛ إذ المبادلةُ لا تكون إلا بالاستحقاق كلّ منهما على الآخر. ولو استحقّ على المعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارعِ من حيث أنّه شرعَ عقداً موجباً للمعصية، تعالى الله عن ذلك علّواً كبيراً؛ ولذا قال في غاية البيان: لا تجوزُ الإجارة على شيءٍ من الغناءِ والنوح والمزامير والطبل وشيءٍ من اللهو، وعلى هذا الحداء وقراءة الشعر وغيره، ولا أجر في ذلك، هذا كلّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمّد ﷺ، كما في عمدة الرعاية ٦: ٥٦٢-٥٦٣، ورمز الحقائق ٢: ١٩٨.

(١) عسبَ الفحلُ الناقةَ عسباً: طرقها؛ وسبب النهي أنَّ ثمرتَه المقصودة غير معلومة، فإنّه قد يلقّح وقد لا يلقّح فهو غرر، كما في المصباح المنير٢: ٦٢٥، وعلة المنع الجهالة، فإن كان الاستئجار على وقت للتيس ينبغي أن تحل، والله أعلم.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنه: «نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفحل» في صحيح البخاري٢: ٧٩٧، وسنن أبي داود٣: ٢٦٧، وسنن الترمذي٣: ٥٧٣، وسنن النسائي٣: ١١٥.

(٣) فعن ابن عبّاس رضي الله عنه: «أنَّ النبي ﷺ احْتَجَمَ وأعطى الحجام أجره واستعطَ» في صحيح مسلم٥: ٢١٥٤.

(٤) فعن أبي هريرةَ رضي الله عنه، قال ﷺ: «إنَّ مهرَ البغي، وثمنَ الكلب، وكسبَ الحاجمِ من السحت» في صحيح ابن حبان١١: ٣١٥، وصحيح مسلم٣: ١١٩٩.

قال: (**والحَمّام**)؛ للتَّعامل ولا اعتبار للجَهالة مع اصطلاح المسلمين.

قال: (**ومَن استأجر دابّةً ليحمل عليها طَعاماً بقفيز منه، فهو فاسدٌ**)؛ لأنّه جَعَلَ الأَجر بعض ما يخرج من عملِه، فصار كقفيز الطحان، وقد نهى النَّبيِّ ﷺ عن قفيز الطَّحان»[1]، وهو أن يستأجر ثوراً أو رَحىً ليطحن له حِنْطة بقفيز منها[2].

وعن السائب بن يزيد رضي الله عنه، قال ﷺ: «السحت ثلاث مهر البغي، وكسب الحجام، وثمن الكلب» في سنن النسائي الكبرى٤: ٤٢٣.

(١) من حديث ابن عمر وابن عباس وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم في سنن البيهقي٥: ٣٣٩، وسنن الدراقطني ٣: ٤٧، وقال ابن حجر في الدراية ٢: ١٩٠: في إسناده ضعف، وقال البيهقي: له طرق يقوي بعضها بعضاً.

ولما كان حديث قفيز الطحان موافقاً للقياس في فساد الإجارة إن كانت الأجرة مجهولة، كان الاحتجاج به؛ لأنه تقوى بهذا القياس، لا سيما أن حديث النهي عن المزارعة للأرض ببعض الخارج يشهد له في معناه في كون هذه الأجرة مجهولة، فعن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. قلت: وما المخابرة؟ قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع» في سنن أبي داود٢: ٢٨٣، ومسند أحمد٥: ١٨٧، وقال الأرنؤوط: صحيح. فكان ذكرنا لحديث قفيز الطحان في هذا الباب كناية عن أدلة عديدة يُحتج بها في عدم جواز أن تكون الأجرة مجهولة.

(٢) لأنّه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فيصير في معنى قفيز الطحان، وقد نهي عنه ﷺ، وهو أن يستأجر ثوراً؛ ليطحن له حنطة بقفيزٍ من دقيقِه، فصار هذا أصلاً يعرف به فساد جنسه، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر؛ لأنه بعض ما

وينبني على هذا مسائل كثيرة تعرف بالتأمّل:

منها: إذا دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف، والمعنى فيه أن المستأجر عجز عن الأجرة، وهو بعض المنسوج والمطحون؛ لأنّ ذلك إنّما يحصل بفعل الآجر، فلا يكون قادراً بقدرة غيره[1].

قال: **(ولو قال: أمرتُك أن تخيطَه قَباء، وقال: الخَياطُ قَميصاً، فالقَولُ لصاحب الثَّوب)**.

يخرج من عمل الأجير، والقدرة على التَّسليم شرطٌ لصحَّة العقد، وهو لا يقدر بنفسِه، وإنَّما يقدر بغيرِه فلا يُعَدُّ قادراً ففسد، فإذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمّى، لكن مشايخ بلخ والنسفيّ يجيزون حمل الطَّعام ببعض المحمول، ونسج الثَّوب ببعض المنسوج؛ لتعامل أهل بلادهم بذلك، وقالوا: مَن لم يجوِّزه إنما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحانِ والقياس يترك بالتَّعارف، ولئن قلنا: إنّ النَّصَّ يتناوله دلالةً فالنصُّ يختصُّ بالتَّعامل، ألا ترى أنّ الاستصناعَ تُرِكَ القياسُ فيه وخُصَّ عن القواعد الشرعيّة بالتعامل. ومشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر بخلاف الاستصناع، فإن التعامل به جرى في كلِّ البلاد، وبمثلِهِ يُترك القياس ويُخَصُّ الأثر، والحيلةُ في جوازِه أن يشترط قفيزاً مطلقاً من غير أن يشترط أنّه من المحمولِ أو من المطحونِ، فيجب في ذمّة المستأجر ثمّ يعطيه منه، كما في التبيين٥: ١٣٠.

(١) وينبغي أن تكون معاملتهم معتبرة إن تعارفها الناس وجرى التعامل عليها؛ لأن علّة النهي لم تعد موجودة، وهي الجهالة، فحديث الطحان معلل بجهالة الثمن، فمتى زالت العلة جاز العمل به، ولو في قفيز الطحان.

وكذا إذا اختلفا في صَبْغ الثَّوب أَصْفر أو أَحْمر أو بزَعْفران أو بعُصْفر.

ووجهه: أنّ الخَيّاطَ والصَّباغَ أقرّ بسبب الضَّمان، وهو التَّصرُّف في ملك الغير، ثمّ ادّعى ما يبرئه وصاحبُه يُنكر، ولأنّ الإذنَ يُستفاد من جهةِ ربِّ الثَّوب، فيكون القَولُ قوله؛ لأنّه أَخبر بذلك.

(ويحلفُ)؛ لأنّه لو أَقَرَّ لزمه، فيَحْلِفُ لاحتمال النّكول، **(فإذا حَلَفَ، فالخَيّاطُ ضامنٌ)**، معناه: إن شاءَ ضَمَّنه الثَّوب، وإن شاءَ أخذه وأَعطاه أَجر مثلِه، أو ما زاد الصَّبغ في رواية.

(ولو قال: خِطْتَه بغير أَجر، وقال الصَّانع: بأَجر، فإن كان قبل العمل يتَحالفان ويَبدأ بيَمين المُسْتأجر)؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي عَقْداً والآخر يُنكره؛ لأنّ أحدَهما يَدَّعي هِبةَ العَمَل، والآخرُ يدَّعي بَيْعَه، **(وإن كان بعد العَمَل فالقَوْلُ لصاحبِ الثَّوب)**؛ لأنّه مُنكرٌ؛ لأنّه لا قيمةَ للعَمَل بدون العَقْد، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وذكر أبو اللَّيث عنه في «العيون»[1]: إن كانت الخِياطة حرفتَه، فله أجرُ مثلِه عملاً بالعُرف، وإلا فلا أَجر له، ويكون مُتَبَرِّعاً؛ لما بيّنّا.

---

(١) في عيون المسائل ص١٣٦: « إن كان القصار حريفة فله أجر مثله، وإن لم يكن حريفة، فالقول قول الدافع مع يمينه، وقال محمد: حريفة كان وغير حريفة، بعد أن يقصر للنَّاس، فله الأجر، ولا نجعله مجاناً؛ لأنّ القَصّار يكون أجيراً مشتركاً».

وقال أبو يوسف ﵁: لا أجر له إلا أن يكون معاملةً[1]، فيكون له الأجر جرياً على عادتهما.

وقال محمّدٌ ﵁: إن اتخذ حانوتاً[2] وانتصب لهذه الصّناعة، فله الأجرة وإلا فلا، وعليه الفتوى[3]؛ لأنّه دليلٌ على العمل بالأجرة عرفاً، والمعروف كالمشروط.

قال مُحمّد ﵁: لو أمره أن ينقش اسمه على فصّه فنقش اسم غيره ضمنه؛ لأنّه فوّت غرضه، وهو الختمُ فصار كالاستهلاك.

ولو استأجره ليحفر له بئراً بأجر مُسمّى وسَمَّى طولها وعرضها جاز.

وفي القبور يجوز وإن لم يُبيّن ذلك؛ لأنّه معلومٌ عرفاً، فإن وَجَدَ باطنَ الأرض أشدّ فليس بعذر، وإن تَعَذَّرَ الحفرُ فهو عذرٌ، ولا يَسْتَحقُّ الأجرَ

(١) وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا؛ لأنَّ سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما، كما في العناية ٩: ١٤٣.

(٢) أي: لما فتح الحانوت لأجله، جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر؛ اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة ﵁؛ لأنَّه منكر، وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأنَّ الظاهر يصلح للدفع، والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع، كما في العناية ٩: ١٤٣.

(٣) في التصحيح: ورجح دليل الإمام في الهداية، وأجاب على دليلهما، واعتمده الإمام المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة، وجعل خواهر زاده الفتوى على قول محمد ﵁، كما في اللباب١: ٢٦١، وفي التبيين٥: ١٤٣، والتنوير ص١٩٠: الفتوى على قول محمّد ﵁.

حتى يفرغَ؛ لأنّه عملٌ واحدٌ لا يُنتفع به قبل التَّمام.

قال: (**وإذا خَربَتْ الدَّارَ، أو انقطعَ شِرْبُ الضَّيْعة أو ماء الرَّحى انفسخ العقدُ**)؛ لفواتِ المعقودِ عليه، وهي المنفعةُ قبلَ القَبْض؛ لما بيّنّا أنّها تحدُث شيئاً فشيئاً، وصار كمَوْت الجمل المستأجر.

وقيل: لا ينفسخ لكن له الفسخ، قالوا: وهو الأَصحّ(1)، فإنّه رُوِي عن محمّد نصّاً: لو انهدم البَيْت المُستأجر، فبناه الآجر ليس للمُستأجر أن يَمْتنع؛ وذلك لأنّ أصلَ المعقود عليه لا يفوتُ؛ لأنّ الانتفاعَ بالعَرَصة ممكنٌ بدون البناء، إلاّ أنّه ناقصٌ، فصار كالعَيْب فيَسْتَحقّ الفَسْخ.

ولو وجد بها عيباً يُخِلُّ بالمنافع كمَرَض الدَّابّة وندِّها وانهدام بعض البناء فله الخِيار: إن شاءَ استوفى المنفعة مع العَيْب، ويلزمه جميع البَدَل؛ لأنّه رَضِي بالعَيْب، وإن شاء فَسَخَ؛ لأنّه وَجَدَ العَيْب قبل القَبْض؛ لأنّ المنفعةَ توجد شيئاً فشيئاً، فكان له فسخُه، فإن زال العَيْبُ أو أزاله المؤجرُ، فلا خِيار له.

---

(١) مشى عليه في الوقاية، وذكر في شرحها: إنّما قال: تفسخ؛ لأنَّ العقدَ لا ينفسخ؛ لإمكانِ الانتفاعِ بوجهٍ آخر، لكنّ للمستأجر حقُّ الفسخ.
وفي اللباب١: ٢٦٢: «ومن أصحابنا مَن قال: إنَّ العقدَ لا ينفسخ؛ لأنَّ المنافعَ فاتت على وجه يتصوّر عودها، فأشبه الإباق في البيع، هداية، ومثله في شرح الأقطع، ثم قال: والصحيح هو الأول، وتبعه في الجوهرة، لكنَّ عامة المشايخ على الثاني، وهو الصحيح، كما في الذخيرة والتتارخانية والاختيار وغيرها، وفي الغاية للاتقاني نقلاً عن إجارات شمس الأئمة: إذا انهدمت الدار كلها، فالصحيح أنَّه لا تنفسخ، لكن سقط الأجر فسخ أو لا».

(ولو مات أحدُهما وقد عقدها لنفسِه انفسخت)؛ لما مَرّ أنّها تنعقد شيئاً فشيئاً، فلا تبقى بدون العاقد.

(وإن عَقَدَها لغيره لم تنفسخ): كالوَصيِّ والوَلِيِّ وقَيِّم الوقفِ والوكيل؛ لأنّه نائبٌ عنهم فكأنّه معبرٌ.

***

فصل [فسخ الإجارة بالأعذار]

(**وتفسخ الإجارة بالعذر**) والأصل فيه: أنّه متى تحقّقَ عجزُ العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به يكون عذراً تفسخُ به الإجارة دفعاً للضَّرر.

وهل يشترط للفسخ قضاء القاضي؟

ذكر في «الزِّيادات»: إن كان عذراً فيه شبهة: كالدَّين يُشترط له القَضاء، وإن كان واضحاً لا.

وذكر في «المبسوط» و«الجامع الصَّغير»: أنّه ليس بشرط، ويَنْفَرد العاقدُ به وهو الصَّحيح[1]؛ لأنّه في معنى العيب قبل القبض على ما بيّنّاه، وذلك كمَن استأجر إنساناً ليقلع ضرسه فسَكَن وَجَعُه، أو ليقطع يده لآكلة فسَقَطَت الآكلة، فإنّه تفسخ الإجارة، وهذا حجّةٌ على مَن يقول: إنّها لا تفسخ بالعذر.

---

(١) وصححه في البحر الرائق٨: ٤٢، ونقل عن شمس الأئمة السرخسي تصحيح الأول.

و(**كمَن استأجرَ حانوتاً ليتجرَ فأَفلسَ، أو آجرَ شيئاً، ثمّ لزمَه دينٌ، ولا مال له سواه**)، فإنّ القاضي يفسَخُها ويبيعُه في الدَّين؛ لأنّ علىٰ تقدير عدم الفَسخ يلزمه ضررٌ لم يَلْتزمه بالعقد، وهو حبسُه علىٰ الدَّين، والإجارة علىٰ تقدير الإفلاس، فيفسخ دفعاً للضَّرر.

(**وكذلك إن استأجر دابّةً للسَّفر فَبَدا له تفسخُ الإجارة**)؛ لأنه يلزمه الضَّرر بالمضي علىٰ العقد؛ لأنّه رُبّما أراد التِّجارة فأَفْلَس، أو لطلب غريم فحَضَر.

(**وإن بَدا للمُكاري فليس بعذر**)؛ لأنّه يُمكنُه إنفاذ الدَّواب مع أجيره، فلا يتضرَّر.

وعن الكَرْخي ﷺ: إن مَرض المُكاري فهو عذر؛ لأنّه لا يخلو عن نوع ضرر، فيعذر حالة الاضطرار لا حالة الاختيار[1].

وعلىٰ ربّ الدَّار عِمارتُها وإصلاحُ ميازيبها وبئر الماء وتَنْظيف البالوعة الممتلئة من أفعال المستأجر، وكلُّ ما يكون مُضراً بالسُّكنىٰ، فإن لم يفعل فللمستأجر أن يخرج.

وإن رأىٰ هذه العُيوب وقتَ الإجارة، فلا خِيار له؛ لأنّه رَضي بالعَيب.

---

(١) وفي مجمع الأنهر والملتقىٰ ٢: ٤٠٠: ولو مرض المكاري، فهو عذر في رواية الكرخي؛ لأنه لا يعرىٰ عن ضرر؛ لأن غيره لا يشفق علىٰ دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما إذا لم يمرض، دون رواية الأصل، وفي القُهُستانيّ الفتوىٰ علىٰ الرِّواية الأولىٰ، فلهذا اختارها الحلبي، فقَدَّمها، وينظر: عمدة الرعاية.

وعلى المستأجر رَمْي التُّراب والرَّماد المجتمع في الدَّار من كَنْسِه؛ لأنَّه ليس من باب السُّكنى.

وكري نهر رحا الماء على الآجر، إلا أن يكون شرطَه على المُستأجر.

❧❧❧

كتاب الرَّهن

وهو في اللُّغة(١): مطلقُ الحَبْس، قال الله تعالىٰ: {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَة} [المدثر: ٣٨].

وفي الشَّرع: الحبسُ بمالٍ مخصوصٍ بصفةٍ مخصوصةٍ.

شُرِعَ وثيقةً للاستيفاء ليضجر الرَّاهن بحبسِ عينِه، فيُسارع إلىٰ إيفاءِ الدَّين ليفتكها، فيَنْتَفِعُ بها ويَصِلُ المُرْتَهَنُ إلىٰ حقِّه.

ثبتت شرعيتُه بالكتاب والسُّنّة والإجماع.

أمّا الكتاب؛ فقوله تعالىٰ: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} [البقرة: ٢٨٣]، وأنّه أمرٌ بصيغة الإخبار نقلاً عن المفسِّرين، معناه: وإن كنتم مُسافرين ولم تجدوا كاتباً فارتهنوا رهاناً مقبوضةً وثيقةً بأموالكم.

والسُّنّةُ؛ ما رُوِي: أنّه ﷺ: «رَهَن درعه عند أبي الشَّحم اليَّهوديّ بالمدينة»(٢)، وبُعِث ﷺ والنَّاس يتعاملون فأقرَّهم عليه، وعليه الإجماع.

---

(١) لغة: ثبت ودام، كما في المصباح ١: ٢٤٢، والمغرب ١: ٣٥٦.
واصطلاحاً: وهو حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين، كما في الوقاية ٥: ١٢٢.
(٢) فعن جعفر بن محمد، عن أبيه رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ رهن درعه عند أبي الشحم

قال: (**وهو عقدُ وثيقةٍ**) لا بُدّ فيه من الإيجابِ والقبول كسائر العُقود.

قال: (**بمالٍ مضمونٍ بنفسِه**): أي بمثلِه (**يُمكن استيفاؤه منه**) على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

(**ولا يتمُّ إلا بالقَبْض**)، قال الله تعالى: {فرهان مقبوضة} وصفها بكونها مقبوضةً، فلا تكون إلا بهذه الصِّفة، ولأنّه عقدُ تبرُّع، ألا تَرَىٰ أنّه لا يجبر عليه، فيكون تمامُه بالقَبض كالهِبة.

(**أو بالتَّخْلية**)؛ لقيامِها مقامَه كما في البَيْع والهِبة، (**وقبل ذلك إن شاء سَلَّم وإن شاء لا**)؛ لما بيّنّا أنّه تَبَرّعٌ.

ثمّ الرَّهنُ لا يخلو: إمّا إن كان بدينٍ وهو المِثْليُّ، أو بعينٍ، وهو غيرُ المِثْليّ.

اليهودي، رجل من بني ظفر» في مسند الشافعي ص١٣٩، ومعرفة السنن٨: ١٨٦، والسنن الصغير للبيهقي٢: ٢٨٨.

وعن عائشة رضي الله عنها، قالت: «توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة بثلاثين صاعاً من شعير» في صحيح البخاري ٣: ١٠٦٨، وصحيح ابن حبان ١٣: ٢٦٢.

وعن أنس ﷺ قال: «مشيت إلى النبي ﷺ بخبز شعير وإهالة سنخة ولقد رهن له درع بعشرين صاعاً من طعام أخذه لأهله، ولقد سمعته ذات يوم يقول: ما أمسى في آل محمد ﷺ صاع تمر ولا صاع حب، وإن عنده يومئذ لتسع نسوة» في سنن الترمذي ٣: ٥١٩، وقال: حسن صحيح.

فإن كان بدين جاز علىٰ كلّ حال بأيٍّ وجهٍ ثَبَتَ، سواءٌ كان من الأَثمان أو من غيرها.

وإن كان بعينٍ فالأعيانُ علىٰ وجهين: مضمونةٌ، وغيرُ مضمونة.

فالمضمونة علىٰ وجهين: مضمونة بنفسها، ومضمونة بغيرها.

فالمضمون بنفسه: ما يجب عند هلاكه مِثْلُه أو قيمتُه: كالمغصوبِ والمهر وبدل الخُلْع والصُّلْح عن دم العَمْد، فيجوز الرَّهنُ بها؛ لأنّها مضمونة ضماناً صحيحاً يُمكن استيفاء الدَّين منه.

والمضمونُ بغيرها كالمَبيع في يد البائع، فلا يجوز الرَّهن بها؛ لأنّه لا يجب بهلاكه، حتىٰ يُستوفي من الرّهن؛ لأنّه إذا هَلَكَ المَبيعُ يَبْطُل البَيْعُ ويَسْقُطُ الثَّمَنُ، فصار كما ليس بمَضْمونٍ.

والأعيانُ الغير المَضْمونة: وهي الأماناتُ كالوديعةِ والعاريةِ ومال المُضاربة والشَّركة والمُستأجر ونحوها لا يجوز الرَّهْن بها؛ لأنّ الرَّهن مقتضاه الضَّمان علىٰ ما نُبَيِّنه إن شاء الله تعالىٰ، وما ليس بمَضْمونٍ لا يوجد فيه معنىٰ الرَّهن.

وقوله في «المختصر»: «يمكن استيفاؤها منه»؛ احترازاً عن هذا.

ولا يجوز بالشُّفْعةِ ولا بالدَّرَك ولا بدَيْن سَيَجِب؛ لأنّه وثيقةٌ بمعدوم.

ولا بالقِصاص في النَّفْس وما دونها؛ لعدم التَّمكن من الاستيفاء.

ويجوز بجِناية الخطأ، ويكون رهناً بالأَرش؛ لأنّه يُمكن استيفاؤه.

ولا يجوز بالكَفالة بالنَّفْس؛ لتعذُّر الاستيفاء.

ولا بأُجرة النَّائحة والمغنيّة؛ لأنّه غيرُ مضمون.

ويجوزُ شَرْطُ الخِيار للرَّاهن؛ لأنّه لا يَمْلِكُ الفَسْخ، فيفيد الشَّرط، ولا يجوز للمُرْتَهن؛ لأنّه يملك الفَسْخ بغير شَرْط فلا يُفيد.

ولا يجوز رَهْنُ ما لا يجوز بيعُه كالمَيتةِ والدَّمِ؛ لأنّه لا يُمكن الاستيفاءُ منها، فلا يحصل التَّوثق.

وكذا جِذْعٌ في سقفٍ وذراعٌ من ثوبٍ وأشباهُهُ؛ لما مَرّ.

ولا يجوز للمُسلم رَهْنُ الخَمر والخِنْزير، ويجوز للذِّميّ؛ لأنّ الرَّهنَ والارتهانَ؛ للوفاء والاستيفاء، ولا يجوز للمسلم ذلك من الخَمْر ويجوز للذِّميّ.

ثمّ الرَّهنُ على ثلاثة أَضْرُب: جائزٌ، وباطلٌ، وقد ذكرناهما.

وفاسدٌ: وهو رَهْنُ المَبيع ورَهْنُ المَشاع والمَشغولُ بحقّ الغير، أو اشترى خلاً ورهن بالثمن رهناً ثمّ ظهر الخلُّ خمراً.

قال القُدُوريّ في «شرحه»: يهلك بغير شيءٍ؛ لأنّ المبيعَ غيرُ مضمونٍ بنفسِه، والقبض لم يتمَّ في المَشاع والمَشْغول

ولم يصحّ في الخَمر كما لو رهنه ابتداءً.

ونصّ محُمّد في «المبسوط» و«الجامع»: أنّ المقبوضَ بحكم رهنٍ فاسدٍ مَضْمونٌ بالأقلّ من قيمتِه ومن الدَّين؛ لأنّ الرَّهنَ انعقد لمقابلة المال بالمال

حقيقةً في البَعْض، وفي البعضِ في ظنّهما، لكنّه فَسَدَ لنقصان فيه؛ لأنّه لا يُمكن استيفاؤه من الرَّهن، فيكون مضموناً بالأقلّ منهما: كالمَقبوض في البيع الفاسد مضمونٌ بقيمتِه فكذا هذا، إلا أنّه يَضْمَنُ الأقَلَّ منهما هنا.

أمّا إذا كانت القِيمة أقَلَّ فظاهر.

وأمّا إذا كان الدَّينُ أقلّ؛ فلأنّه إنّما قَبَضَه؛ ليكون مَضْموناً بالدَّين، والمُختار[1] قول مُحمّد رضي الله عنه.

قال: (**ولا يصحُّ إلا مَحوزاً مُفرغاً مُتَميِّزاً**).

فالمحوزُ[2]: المعلومُ الذي يُمكن حِيازتُه.

والمفرغُ[3]: الذي لا يكون مشغولاً بحقِّ الغير.

---

(١) مشى أبو السعود وابن عابدين في رد المحتار ٦: ٤٧٨.

(٢) أي: مجموعاً؛ احترازٌ عن رهن الثمر على الشجر، ورهن الزرع في الأرض؛ لأنَّ المرتهن لم يجزه، كما في درر الحكام ٢: ٢٤٨.

(٣) أي: عن ملك الراهن، بأن لا يكون مشغولاً بحقّ الراهن، وهو احترازٌ عن عكسه، وهو رهن الشجر دون الثمر، ورهن الأرض دون الزرع، ورهن دار فيها متاع الراهن، كما في اللباب ١: ٢١٨، والدرر، فالمفرغُ يتعلَّقُ بالمحلّ، فيجبُ فراغُهُ عمَّا حلّ فيه كالثمر، وهو ليس بمرهونٍ سواءً كان اتّصالُهُ به خلقةً أو مجاورة، والمتميّزُ يتعلَّقُ بالحالِ في المحلّ، فيجبُ انفصالُهُ عن محلٍّ غيرِ مرهونٍ إذا كان اتِّصالُهُ به خلقة، حتى لو كان اتِّصالُهُ بالمجاورةِ لا يضرّ: كرهن المتاعِ الذي في بيتِ الراهن، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٢.

والمُتَميزُ[١]: المقسوم الذي قد تميّز عن بقيّةِ الأنصباء؛ لأنّ قبضَ الجزء الشَّائع لا يتصوّر بانفراده، وقبض الكلّ لا يقتضيه العقد.

وكذا كونه مَشْغولاً بحقّ الغَيْر يخُلّ بقبضِه وحبسِه.

وكذا المَجهولُ لا يُمكن قبضُه.

ومقصودُ الرَّهن وهو الاستيثاق لا يحصل إلاّ بالحبس الدَّائم، والحبسُ لا يتصوّر بدون القَبْض، والقَبْضُ لا يُمكن بدون هذه الأوصاف، فلا يصحُّ الرَّهنُ بدونها.

قال: (**فإذا قَبَضَه المُرْتَهَنُ دخل في ضَمانِه**)؛ لما رُوِي: «أنّ رَجُلاً رَهَنَ فَرَساً له بدين فنَفَقَ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال ﷺ للمُرْتهن: ذَهَبَ حَقُّك»[٢]، وقال ﷺ: «إذا عُمي الرَّهنُ فهو بما فيه»[٣]، قالوا: معناه ـ والله أعلم ـ إذا هلك فاشتبهت قيمته.

---

(١) احترازٌ عن رهن المشاع: كرهن نصف العبد، أو الدار، غاية البيان، وهذه المعاني هي المناسبة لهذه الألفاظ، لا ما قيل: إنَّ الأولَ احترازٌ عن رهن المشاع، والثالث عن رهن ثمر على شجر دون الشجر، كما لا يخفى على أهل النظر، كما في الدرر ٢: ٢٤٨.

(٢) فعن عطاء بن أبي رباح رضي الله عنه: «أنَّ رجلاً ارتهن فرساً، فمات الفرسُ في يد المرتهن، فقال ﷺ: ذهب حقُّك»، فدلَّ هذا مِن قول رسول الله ﷺ على بطلان الدين بضياع الرهن، كما في شرح معاني الآثار ٤: ١٠٢.

(٣) فعن أبي هريرة وأنس رضي الله عنهما، قال ﷺ: «الرهن بما فيه» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٦٨.

وقد نَقَلَ أصحابُنا إجماع الصَّحابة[1] ﷺ على أنّه مَضْمونٌ على اختلافهم في كيفيّة الضَّمان، ولأنّه لمّا مَلَكَ حبسَه صار مُسْتوفياً حَقّه من وجهٍ؛ لأنّه الاستيفاء ليتوسّل به إلى حَقّه مخافةَ الجُحود، وقد تأكّد هذا الاستيفاءُ بالهلاك، فلو وَفّاه وفّاه ثانياً يؤدِّي إلى الرِّبا، ولا يُمكنه المُطالبةُ بحَقِّه إلا أن ينقضَ

وعن طاوس، قال ﷺ: «الرهن بما فيه» في المراسيل ص١٧٣.
وعن عطاء، أن رجلاً رهن فرساً فنفق الفرس، فقال النبي ﷺ: «الرهن بما فيه» في المراسيل ص١٧٣، وقال ابن القطان: هذا مرسل صحيح، كما في الإخبار٢: ١٩٧.
وعن أبي الزناد، قال: «كان من أدركت من فقهائنا الذين ينتهي إلى قولهم منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه وصلاح وفضل، فذكر جميع ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ، فهؤلاء أئمة المدينة وفقهاؤها يقولون: إن الرهن يهلك بما فيه، ويرفعه الثقة منهم إلى النبي ﷺ، فأيهم ما حكاه فهو حجّة؛ لأنه فقيه إمام، ثم قولهم جميعاً بذلك وإجماعهم عليه، فقد ثبت به صحة ذلك أيضا عن سعيد بن المسيب وهو المأخوذ عنه قول رسول الله ﷺ لا يغلق الرهن» في شرح معاني الآثار٤: ١٠٢، وسنده صحيح، كما في الإخبار٢: ١٩٧.

(١) فعن علي ﷺ قال: «إذا كان في الرهن فضل، فإن أصابته جائحة فالرهن بما فيه، فإن لم تصبه جائحة فإنَّه يرد الفضل» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١-٧٣
وعن شريح قال: «ذهبت الرهون بما فيها» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١-٧٣.
وعن عبيد بن عمير أنَّ عمر بن الخطاب ﷺ قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع قال: «إن كان بأقل ردوا عليه، وإن كان بأفضل فهو أمين في الفضل» في شرح معاني الآثار ٤: ١٠٣، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١، وسنن الدارقطني ٣: ٤٣٥.

القَبْضَ والحَبْسَ ويردَّه إلى الرّاهن، وأنّه عاجزٌ عنه، ففات شرطُ المُطالبة فبطلت.

ومَن ادّعى أنّه أمانةٌ فقد خالف الإجماع، وتعلُّقُه بقوله ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرَّهنُ، هو لصاحبه، له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُه»(١)، لا حجّة له فيه؛ لأنّ معناه لا يصير الرّهن للمُرْتَهن بدينه، ولا يحبسُه بحيث لا يَنْفَكّ، هذا معناه(٢)، ويشهد له بيت زهير(٣):

وَفَارَقْتَكَ برَهْن لا فِكاك له يومَ الوَداع فأَمْسى الرَّهْنُ قد غَلِقا(٤)

أي: محبوساً لا فِكاك له.

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «لا يغلق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه» في صحيح ابن حبان ١٣: ٢٦٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٦، والمستدرك ٢: ٥٨، وصححه.

(٢) وفي موطأ محمد ٤: ٨٢: «عن ابن المسيب رضي الله عنه قال ﷺ: «لا يغلق الرهن» قال محمد رضي الله عنه: وبهذا نأخذ، وتفسير قوله: «لا يغلق الرهن»: إنَّ الرَّجل كان يرهن الرهن عند الرَّجل فيقول له: إن جئتك بمالك إلى كذا وكذا، وإلا فالرهن لك بمالك، قال ﷺ: «لا يغلق الرهن ولا يكون للمرتهن بماله»، وكذلك نقول، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وكذلك فسره مالك بن أنس رضي الله عنه».

(٣) وهو زهير بن أبي سلمى ربيعة بن رياح المزني المضري،حكيم الشعراء في الجاهلية. وفي أئمة الأدب من يفضله على شعراء العرب كافة، له «ديوان»، (ت ١٣ق هـ). ينظر: الأعلام٣: ٥٢.

(٤) ينظر: تاج العروس٢٦: ٢٦١، وديوان زهير بن أبي سلمى ١: ٧.

وكذا كانت عادتُهم في الجاهلية، فقال ﷺ ذلك قَلْعاً لهم عن العَوائد الجاهلية؛ لما فيه من تملّك مال الغير بغير أمره.

وقوله: «له غُنْمُه وعليه غُرْمُه»: أي إذا بيع، ففَضَلَ من الثَّمَن شيءٌ فهو له، وإن نَقَصَ فعليه.

أو «له غُنْمُه»؛ لسقوط الدَّين عنه بهلاكه، «وعليه غُرْمُه»: وهو قضاءُ ما بَقِي من الدِّين إن لم يف به.

وعن عَليٍّ رضي الله عنه في مثلِه، قال: «يَتَرادّان الفَضل»(١).

قال: (ويَهْلَكُ على مِلْكِ الرَّاهن حتى يُكَفِّنَه)؛ لأنّه ملكُه حقيقةً، وهو أمانةٌ في يدِ المُرْتَهن، حتى لو اشتراه لا ينوب قبض الرَّهن عن قَبْض الشِّراء؛ لأنّه قَبْضُ أمانة، فلا يَنوب عن قبض الضَّمان، وإذا كان ملكُه فمات كان عليه كَفَنُهُ.

---

(١) فعن علي رضي الله عنه، قال: «يترادان الفضل في الرهن» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٥٤، والسنن الصغير للبيهقي١: ٢٩٠، ومعرفة السنن٨: ٢٣٢.

وعن علي رضي الله عنه، قال: «إذا كان الرَّهن أكثر مما رهن به فهلك، فهو بما فيه؛ لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقلّ مما رَهَن به فهلك رَدّ الرَّاهن الفضل» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٥٤.

وعن عمر رضي الله عنه، قال: «إذا كان الرهن أكثر مما رهن به، فهو أمين في الفضل، وإذا كان أقلّ رَدّ عليه» في مصنف عبد الرزاق١١: ٥٥٦.

وعن ابن عمر يقول في الرهن: «يترادان الفضل» في مصنف ابن أبي شيبة١١: ٥٥٣.

قال: (**ويصيرُ المُرْتَهِنُ مُسْتوفياً من ماليَّتِه قَدْرَ دَيْنِهِ حُكماً، والفاضِلُ أمانةٌ، وإن كان أقلَّ سَقَطَ من الدَّين بقَدْرِه**)؛ لأنّ المَضْمونَ قَدْرَ ما يَستَوفِيه من الدَّين، فعند زيادةِ قيمتِه الزِّيادة أمانةٌ؛ لأنّها فاضلةٌ عن الدَّين، وقد قَبَضَها بإذن المالك، وعند النُّقصان قد استوفى قيمتَه، فبقي الباقي عليه كما كان[1].

قال: (**وتُعتبرُ القيمةُ يومَ القَبْض**)؛ لأنّه يومئذٍ دَخَلَ في ضَمانه، وفيه يثبتُ الاستيفاءُ يداً، ثمّ يَتَقَرَّرُ بالهَلاك.

ولو اختلفا في القيمة، فالقَولُ للمُرْتهن؛ لأنّه يُنكرُ الزِّيادة، والبيّنةُ للرَّاهن؛ لأنّه يُثبتها.

قال: (**فإن أَودعَه أو تَصَرَّفَ فيه ببيع أو إجارةٍ أو إعارةٍ أو رهنٍ ونحوه ضَمِنَه بجميع قيمتِه**).

وكذا إذا تعدّى فيه: كاللُّبس والرُّكوب والسُّكنى والاستخدام؛ لأنّه مُتَعدٍّ في ذلك؛ إذ هو غيرُ مأمورٍ به من جهةِ المالك، والزَّائدُ على قَدْر الدَّين أمانةٌ، والأماناتُ تُضْمَنُ بالتَّعدِّي.

---

(١) الحاصل أنّ يدَ المرتهن على الرهن يد استيفاء؛ لأنه وثيقة لجانب الاستيفاء؛ لتكون موصلة إليه، فيكون استيفاء من وجه، ويتقرَّب بالهلاك، فإذا كان الدين أقل من القيمة فقد استوفى الدين، والفضل أمانة، وإن كانت القيمة أقل يكون مستوفيا بقدر المالية، وهي القيمة، فيرجع بالفضل، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٣.

ولا يَنْفَسِخُ عقدُ الرَّهن بالتَّعدِّي، ولأنّه ما رَضِي إلا بحفظِه، والنَّاسُ يختلفون فيه، فكان مخالفاً، بخلاف زوجتِه وولدِه وخادمِه الذين في عِياله؛ لأنّ الإنسانَ إنّما يحفظُ مالَه غالباً بهؤلاء، فيكون الرِّضى بحفظه رضي بحفظِهم، ولأنّه لا بُدّ له من ذلك، لأنّه لا يُمكنه ملازمةُ البيت، ولا استصحاب الرَّهن، فصار الحفظ بهؤلاءِ مَعْلوماً له فلا يَضْمن.

ولُبْس الخاتم في خِنْصره تَعَدٍّ وفي غيرها حفظٌ.

والتَّقلُّدُ بالسَّيف والسَّيفين تَعَدٍّ للعادة، وبالثَّلاث لا.

ووضعُ العِمامة والطَّيلسان على الرّأس كما جرت به العادة تَعَدٍّ، ووضعهما على العاتق أو الكَتِف لا.

والتَّعمُّم بالقَميص ليس بتَعَدٍّ.

ووضع الخُلْخَال موضع السِّوار وبالعَكْس ليس بتَعَدٍّ، ولُبْسُهما مَوْضُعَهما تَعَدٍّ.

قال: (**ونَفَقَةُ الرَّهنِ وأُجرةُ الرَّاعي على الرَّاهن**)، وكذلك كل ما يحتاج إليه لبقاء الرّهنِ ومصلحتِه[1]؛ لأنّه باق على ملكه، وذلك مؤونة الملك.

---

(١) أي إن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضلٌ أو لم يكن؛ لأنَّ العينَ باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له، فيكون نفقته

والرَّعي من النَّفَقة؛ لأنّه عَلَفُ الحيوان.

والكَسْوةُ والظِّئْرُ وإصْلاحُ شجر البُستان وسَقيها، وجُذاذُ الثَّمرة من النَّفقة.

قال: (**ونَماؤه له**)؛ لبقائه على ملكِهِ: كالوَلَد واللَّبَن والسِّمن والثَّمرة.

(**ويَصيرُ رَهْناً مع الأَصل**)؛ لأنّ الرَّهنَ حَقٌّ لازمٌ، فيَسْري إلى التَّبع، (**إلا أنّه إن هَلَكَ يَهْلَكُ بغَير شيءٍ**)؛ لأنّه لم يدخلْ تحت العَقْد مَقْصوداً، فلا يكون له قِسْطٌ من الدَّين، ولأنّ المُرْتَهَنَ لم يقبضها بجهةِ الاستيفاء، ولا التزم ضَمانها، فلا يَلْزَمُه كولدِ المَبيعة قبل القَبْض مَبيعٌ، وليس بمَضْمونٍ على البائع.

ولا مُعْتبَر بنقصان القِيمة وزيادتها؛ لأنّ ذلك يختلفُ باختلاف رَغَبات النَّاس، أمّا العَيْن فلم تتغيَّر، والقَبْضُ وَرَدَ على العَيْن دون القِيمة.

وغلّةُ العَقار وكَسْبُ الرَّهن ليس برهن؛ لأنّه غيرُ متولدٍ منه، ولا بدلٌ عنه: ككَسْبِ المَبيع وغَلَّتِه.

قال: (**وإن بَقِي النَّماء وهَلَكَ الأَصل افتكه بحَصَّتِه**)؛ لأنّ الرَّهنَ

عليه كنفقته من مأكلِه ومشربه وأُجرة الراعي وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه.

وكلّ ما كان لحفظه أو لردِّه إلى يد المرتهن أو لردِّ جزء منه: كمداواة الجرح، فهو على المُرتهن مثل أجرة الحافظ؛ لأنّ الإمساكَ حقٌّ له، والحفظُ واجبٌ عليه، فتكون مؤنته عليه، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن، كما في التبيين ٦: ٦٨.

مضمونٌ بالقبض، والزّيادةُ مقصودةٌ بالفكاك، ومتىٰ صار التَّبعُ مقصوداً قابله شيءٌ من البَدَل كولدِ المَبيع.

قال: (**يُقْسَمُ الدَّين على قيمته يوم الفِكَاك، وقيمةِ الأَصل يوم القَبْض**)؛ لما بيّنّا.

(**وتَسْقُطُ حِصَّة الأصل**)؛ لما مَرّ.

قال: (**وتجوزُ الزّيادة في الرَّهن، ولا تجوز في الدَّين، ولا يصيرُ الرّهنُ رهناً بهما**).

وقال أبو يوسف ﷺ: تجوزُ الزِّيادةُ في الدِّين أيضاً؛ لأنَّ الدَّينَ والرَّهنَ كالثَّمن والمَبيع، فتجوزُ الزِّيادة فيهما بجامع دَفْعِ الحاجةِ، بدليل إقدامِهما وصحّةِ تصرُّفِهما.

ولنا: أنّ الزَّيادةَ في الرَّهن توجب شيوع الدَّين، وذلك غيرُ مانع من صحّةِ الرَّهنِ، والزَّيادةُ في الدَّين توجب شُيوع الرَّهن؛ لأنّه لا بُدّ أن يُقابله شيءٌ من الرَّهن، وشيوع الرَّهن مانع من صحَّتِهِ علىٰ ما بيَّنّا.

وقال زُفر ﷺ: لا يجوز فيهما، أمّا في الدَّين فلما قال، وأمّا في الرَّهن؛ فلأنّه جعله رهناً ببعضِ الدَّينِ، فلا يجوز كما إذا جعلَه رَهْناً بكلِّه، فإنّه لو جعله رهناً بكلِّه لا يجوز، حتىٰ يردّ المرتهنُ الرّهنَ الأوّلَ.

وجوابه: أنّ الزّيادةَ تلحقُ بأَصل العقد، كما مرّ في البيع، فيصير كأنّه رهنهما من الابتداء.

قال: (**وأجرةُ مكانِ الحِفظِ على المُرْتَهن**)؛ لأنّ الحِفْظَ عليه ليردَّه إلى الرَّاهن؛ ليسلم له حَقُّه، فيكون عليه بَدَلُه أيضاً، وكذلك أُجرةُ الحافظِ.

أمّا أُجرةُ البيت فالجميعُ على المُرتَهن؛ لأنّه بسببِ الاحتباس، والحبسُ ثابتٌ له في اليد.

والخَراجُ على الرَّاهن؛ لأنّه مؤونةُ ملكِهِ.

قال: (**وله أن يحفظَه بنفسِهِ وزوجتِهِ وولدِهِ وخادمِهِ الذي في عِيالِهِ**)، وقد تقدَّم.

قال: (**وليس له أن ينتفعَ بالرَّهن**)؛ لأنّه غيرُ مأذونٍ له في ذلك، وإنّما له ولايةُ الحبس لا غير، (**فإن أَذِنَ له الرَّاهن، فهَلَكَ حالة الاستعمال هَلَكَ أمانةً**)؛ لأنّه عاريةٌ على ما يأتي في بابها، وإن هَلَكَ قبل الاستعمال هَلَكَ مَضموناً؛ لبقاء يد الرَّاهن، وكذا بعد الاستعمال؛ لزوال يدِ العارية وعودِ يدِ الرَّاهن.

***

فصل [ما يصح به الرّهن]

(**ويصحُّ رَهْن الدَّراهم والدَّنانير**)؛ لتحقُّق الاستيفاءِ منها، فكانت محلّاً للرَّهن، (**فإن رُهِنَت بجنسِها فهَلَكَت سَقَطَ مْثْلُها من الدَّين**)؛ لأنّ الاستيفاءَ حَصَلَ، ولا فائدة في تضمينِه بالمِثل؛ لأنّه مِثْليٌّ، ثمّ يدفعه إليه قضاءً.

(**وكذلك كلُّ مكيلٍ ومَوْزونٍ، وإن اختلفا في الجودةِ والرَّداءةِ**)؛ لأنّ الشَّرعَ أسقطَ اعتبارَ الجُودةِ عند المقابلةِ بالجِنْس على ما مَرَّ في البُيوع.

قال: (**ويصحُّ برأسِ مالِ السَّلَم وبَدَلِ الصَّرْف**)؛ لتحقّق الاستيفاء، والمجانسةُ ثابتةٌ في الماليّة فلا يكون استبدالاً[1]، (**فإن هَلَكَ قَبْلَ الافتراق تَمّ الصَّرْف والسَّلَم، وصار مُستوفياً**)؛ لتحقّق القَبْض حُكماً، (**وإن افترقا والرَّهنُ قائمٌ بطلا**)[2]؛ لوجودِ الافتراق لا عن قبض، وأنّه شرطٌ فيهما على ما عُرف.

---

(١) أي يتحقق الاستيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية، فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث المالية، وأما عين الرهن فهو أمانة عنده، كما لو كان الرّهن عبداً، فمات كان كَفَنُهُ على الراهن، والأعيان من حيث المالية جنس واحد، فلا يكون استبدالاً كما قال زفر؛ لأن باب الاستبدال مسدود فيما يتعلق بهذا، كما في العناية١٠: ١٥٧.

(٢) بيانه: أنّ الرهن برأس مال السلم، فإن هلك الرهن في المجلس، وقيمته مثل رأس

قال: (**ويَصِحُّ بالدَّين الموعود، فإن هَلَكَ بما سَمَّى**)؛ لأنّه مَقْبوضٌ على جهة الرَّهن، فيكون كالمَقْبوض على سَوم الشراء.

وصورته: أن يرهنه شيئاً على أن يقرضَه درهماً، فيهلك قبل القَرض، فعليه أن يعطيَه دِرهماً.

ولو قال: على أن يُقرضَه شيئاً ولم يسمِّ، فَهَلَكَ أَعطاه ما شاء، والبَيان إليه؛ لأنّ بالهلاك صار مُستوفياً، فيصير كأنّه قال: عند الهلاك وجب لفلان عليّ شيء.

ولو قال: بدراهمَ يلزمُه ثلاثةٌ؛ لأنّها أقلُّ الجمع.

وعن أبي يوسف ﵁: لو قال: أَقْرضني وخُذْ هذا الرَّهن، ولم يُسَمّ فأخذه وضاعَ ولم يُقْرِضْه، قال: عليه قيمة الرهن.

المال أو أكثر، فقد تم العقد بينهما؛ لأنَّه حصل مستوفياً لرأس المال؛ لأنَّ قبضَ الرهن قبض استيفاء؛ لأنَّه قبض مضمون، وقد تقرَّر الضَّمان بالهلاك، وعلى الرَّاهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال، فتم عقد السلم، وإن كانت قيمتُه أقلّ من رأس المال، تمّ العقد بقدره، ويبطل في الباقي؛ لأنَّه استوفى من رأس المال بقدره، وإن لم يهلك الرَّهن حتى افترقا، بَطَلَ السَّلَم؛ لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال، وعليه رَدُّ الرَّهن على صاحبه، وكذا هذا الحكم في بدل الصَّرف إذا أخذ به رهناً: أنَّه إن هَلَكَ الرَّهْن قبل افتراق العاقدين بأبدانهما تم عقد الصرف؛ لأنَّه بالهلاك صار مستوفياً، وإن لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف؛ لفوات شرط الصِّحّة، وهو القبض، كما في السَّلَم، كما في البدائع ٥: ٢٠٤.

قال: (**ومَن اشترى شيئاً على أن يَرْهنَ بالثَّمن شَيئاً بعينِهِ فامتنعَ لم يُجْبَرْ**)؛ لما بينّا أنّه عَقَدُ تبَرُّعٍ.

(**والبائعُ إن شاء تَرَكَ الرَّهْنَ، وإن شاء رَدَّ البَيْعَ**)؛ لأنّه وصفٌ مَرْغوبٌ فيه، وقد فاته فيَتَخَيَّرُ.

قال: (**إلا أن يُعْطِيه الثَّمن حالاً**)؛ لحصول المقصود، (**أو يُعْطِيه رَهْناً مثل الأوَّل**)؛ لحصول المعنى، وهو الاستيثاق بمثلِه في القِيمة.

والقِياس: أن لا يجوز هذا البَيع؛ لأنّه صَفْقةٌ في صَفْقةٍ، وهو منهي عنه[1]؛ لأنّه شرطٌ لا يَقْتَضِيه العَقْدُ، وفيه نفعٌ لأَحدِهما، وأنّه يُفْسِدُ البَيع؛ لما مَرّ.

ووجهُ الاستحسان: أنّه شرطٌ يُلائم العَقد؛ لأنّ الرّهنَ للاستيثاق، وهو ملائمٌ للوجوب، فلا يُفْسِدُه.

قال: (**وإن رَهَنَ عبدين بدين، فقضى حصّةَ أحدِهما، فليس له أخذُهُ حتى يقضي باقي الدَّين**)؛ لأنّه ثبتَ له حَقّ الحَبْس في الكلِّ للاستيثاق بالدَّين، وبكلِّ جزءٍ منه؛ ليكون أدَّعى إلى قضاءِ الدَّين، فصار كالمَبيع في يدِ البائع.

وكذلك إن سَمَّى لكلِّ واحدٍ منهما شيئاً من الدَّين في روايةِ «الأصل».

وذكر في «الزيادات»: له قبضُه إذا أدّى ما سَمَّي له، وهو قولُ محمّد ﵁؛ لأنّه محبوسٌ بالقدر الذي سَمّاه له، ولهذا لو هَلَكَ هَلَكَ به.

---

(١) فعن ابن مسعود ﵁: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة» في مسند أحمد٦: ٣٢٤، ومسند الشاشي١: ٣٢٤، ومسند البزار٥: ٣٨٤.

ووجه الأوّل: أنّ الصَّفقةَ واحدةٌ، وإن عَيَّنَ لكلِّ واحدٍ منهما شيئاً؛ ولهذا لو قَبِلَ العقدَ في البعض دون البعض لا يجوز، كما في البَيْع.

قال: (**وإن رَهَنَ عَيْناً عند رجلين جاز**)؛ لأنّه أضافَ الرَّهنَ إلى جميعها صفقةً واحدةً، فيكون مُحْتَبساً بما رهنها به، وهو ممّا لا يَقبلُ التَّجزّي، فيكون محبوساً بكلِّ واحدٍ منهما، فإن تَهَايَآ[1]، فكلُّ واحدٍ منهما في حَقِّ صاحبِه كالعَدل.

قال: (**والمضمونُ على كلِّ واحدٍ منهما حِصّة دينه**)؛ لأنّه يَصيرُ مُسْتوفياً حِصَّتَه بالهلاك، (**فإن أَوْفى أحدَهما، فجميعُها رهنٌ عند الآخر**)؛ لأنّ جميعَها رهنٌ عند كلِّ واحدٍ منهما من غيرِ تفريقٍ؛ لما بيّنّا، وصار كحَبْسِ المبيع إذا أدّى أحد المشتريين حِصَّته.

قال: (**وللمُرْتهن مُطالبةُ الرَّاهن وحَبْسُه بدينِه وإن كان الرَّهن في يده**)؛ لبقاء حقِّه في الدّينِ، والرَّهنُ للاستيثاق فلا يَمنعُ المُطالبةَ، فإذا طالبَه ومَطَلَه فقد ظَلَمَه، فَيَحبِسُهُ القاضي جزاءً على الظُّلم.

(**وليس على المُرْتَهنِ أن يُمَكِّنَه من بيعِهِ لقضاءِ الدَّين**)؛ لأنّ حقَّه ثابتٌ في الحَبْس، حتى يستوفي دينَه، فلا يجب عليه إبطالُه بالبَيْع، إلا أنّه يؤمرُ

---

(١) هيأها هي مهايأة، ومنه التهايؤ، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وفي الحقيقة أن يتراضوا بهيئة واحدة، يعني الشريك منتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الآخر، وفي عرف الفقهاء هي قسم المنافع، كما في البناية١١: ٤٦٢.

بإحضاره؛ لما بيّنّا أنّ قبضَه قبضُ استيفاءٍ، فلو قَبَضَ دينَه مع ذلك يتكرَّر الاستيفاءُ على تقدير مُحتَمل، وهو الهَلاكُ في يدِه.

وإذا أحضرَه قيل: للرَّاهن سَلِّم الدَّين أوّلاً ليتعيَّن، وهو نظيرُ بيع السِّلعةِ بالثَّمن.

❧ ❧ ❧

فصل

(فإذا باع الرَّاهنُ الرَّهنَ فهو موقوفٌ على إجازةِ المُرْتهن أو قضاءِ دينِه)؛ لتعلّق حقِّه بحبسِه على ما بيّنا، فيتوقَّف إبطالُه على رضاه أو زوال حقِّه، فإذا أجاز فقد رَضِي بزوال حَقِّه في الحَبْس، وإذا قَضَى دَيَنه فقد زال حقُّه في الحبس، فعمل المقتضي عَمَلَه، وهو صدور الرُّكن من الأهل مُضافاً إلى المَحلِّ.

ثم إذا أجاز البَيْع ونَفَذَ انتقل حَقُّه إلى بدلِه؛ لأنّ له حكم المبدل، والفقه فيه أنّه إنّما رضي بالانتقال دون السُّقوط.

وإن لم يجز البَيْع، قيل: يَنْفَسِخُ: كعَقْد الفُضولي، حتى لو استفكه الرَّاهنُ لا سبيل للمُشْتري عليه، وقيل: لا يَنْفَسِخُ، قالوا: وهو الأَصحّ[1]؛ لأنّ التَّوقفَ إنّما كان صيانةً لحقّ المُرتهن عن البُطلانِ وحَقِّه في الحبس، وذلك لا يَمْنعُ الانعقاد، فيبقى موقوفاً إن شاء المشتري صَبَرَ حتى يَسْتَفِكَّه الرَّاهن، وإن شاء فَسَخَ القاضي؛ لعجزه عن التَّسليم.

---

(١) وصححه في الهداية ١٠: ١٨٠، ودرر الحكام ٢: ٢٥٦.

قال: (**وإن استَهْلَكه أَجنبيٌّ، فالمُرْتهَنُ يُضَمِّنُه قيمتَه يومَ هَلَكَ**)، فيكون رَهْناً مكانَه؛ لأنّ حَقَّه ثابتٌ في حَبْس العَين، فكذا في بدلِه، فإن كانت قيمتُه يومَ القَبْضِ ألفاً وضَمَّنَه خمسمئةٍ سَقَطَ من الدَّين خمسمئةٍ كأنّها هَلَكَت بآفةٍ سَماويّة.

قال: (**وليس له أن ينتفعَ بالرَّهن**)؛ لما فيه من تفويت حقّ المرتهن، وهو الحَبْس الدَّائم الذي يقتضيه العَقد، كما بيّنّا.

قال: (**فإن أَعاره المَرْتهنُ، فقبضَه الرّاهنُ خَرَجَ من ضمانِه، فلو هَلَكَ في يدِ الرّاهن هَلَكَ بغير شيءٍ**)؛ لزوال الحبسِ المضمونِ ووصوله إلى يدِ الرّاهن، وله أن يسترجعَه؛ لبقاء عقد الرّاهن؛ ولهذا لو مات الرّاهنُ قبل رَدِّه فالمرتهنُ أَحَقُّ به من سائر الغُرماء، وإذا أخذه عاد الضَّمانُ بعودِ القَبْضِ في عَقْدِ الرّهن، فتعود صِفَتُهُ.

قال: (**وإن وِضَعاه على يدِ عَدلٍ جاز**)؛ لأنّه نائبٌ عن الرَّاهن في الحفظِ، وعن المُرتَهن في الحَبْس، ويجوز أن تكون اليدُ الواحدةُ في حكم يَدَين، وشخصٌ واحدٌ بمنزلةِ شخصين، كمَن عَجَّل الزّكاة كان السَّاعي كالمالك، حتى لو هَلَكَ النِّصاب قبل الحَوْل أخذه من يدِه، وفي منزلةِ الفقير حتى لو هلكت في يدِه سَقَطَت كما لو دَفَعَها إلى الفَقير.

(**وإن شَرَطا ذلك في العَقْد فليس لأحدِهما أخذُه**)؛ لتعلُّق حقِّهما به، الرّاهنُ في الحفظِ والمرتهنُ في الاستيفاءِ، ولا يملك أحدُهما إبطالَ حقِّ الآخر.

قال: (**ويهلكُ من ضمان المُرْتهن**)؛ لأنّ يدَه يدُ المُرْتهن، وهي مَضْمونةٌ في حَقّ الماليّة، ولو دَفَعَه إلى أحدِهما ضَمِن؛ لأنّه مودَعُ الرَّاهن في العين، والمُرْتَهنُ في الماليّة، وكلُّ واحدٍ منهما أجنبيٌّ عن الآخر، فيَضْمَنُ كالمودَع إذا دفعَه إلى أَجنبيٍّ، والعدلُ يَبيعُ ولدَ المرهونة، ويُجبرُ على البَيعِ عند طلبِ المُرْتَهن، ولا يَنْعَزل بعزل الموكِّل وموتِه، ويَمْلِك مُصارفةَ الثَّمن إذا خالفَ جنس الدَّين، والوكيل المفرد لا يملك شيئاً من ذلك.

قال: (**ويجوز أن يوكِّل المُرْتَهنَ وغيرَه على بيع الرَّهن**)؛ لأنّه أهلٌ للتّوكيل، وقد وَكَّل ببيع ماله، (**فإن شَرَطَها في عقدِ الرّهن لم يَنْعَزل بموتِ الرَّاهن، ولا بعَزْله**)؛ لأنّ الوكالةَ صارت وصفاً للرَّهن بالشَّرط، فتبقى ببقاءِ أصلِه وقد تعلَّقَ به حقُّ المُرْتَهن، وليس للرّاهن إبطالُه ولا للورثةِ؛ لتَقَدُّمِ حقِّه على حقِّهم، وبقاء الرَّهن بعد موتِهِ.

ولو شَرَطَ البيعَ بعد الرَّهن، قال الكَرخيّ ﵁: يَنْعَزلُ بالعَزْل والموت؛ لعدم اشتراطه في العقد[1]، وعن أبي يوسف ﵁: أنّه لا يَنْعزل، واختارَه بعضُ المشايخ.

قال: (**وإذا ماتَ الرّاهنُ باع وصيُّه الرّهنَ وقضى الدَّين**)؛ لأنّ الدَّينَ حَلّ بموته، والوصيُّ قائمٌ مَقامه، ولو كان الرّاهنُ حيّاً كان له بيعُه لإيفاءِ الدَّين بأمر المُرْتَهن، فكذا هذا.

---

(١) وصححه في الهداية ٤: ٤٢٨.

(فإن لم يكن له وصيٌّ نَصَّبَ القاضي مَن يَفْعل ذلك)؛ لأنّه نُصِبَ لصالح المسلمين، والنَّظرِ لهم عند عَجْزهم، والنّظرُ فيما ذكرنا؛ لأنّه يحتاج إلى قضاءِ ما عليه من الدُّيون الحائلةِ بينه وبين الجنّة.

قال: **(ومَن استعار شيئاً ليرهنه جاز، وإن لم يسمِّ ما يرهنه به)**؛ لأنّ الإطلاقَ في العاريةِ معتبرٌ؛ لأنّه لا يُفضي إلى المُنازعة، وله أن يرهنَه بأيِّ قدرٍ شاء، وأي نوع شاء، ممَّن شاء عَمَلاً بالإطلاق.

(فإن عيَّن ما يَرْهَنُه به، فليس له أن يَزيدَ عليه ولا يُنقص).

أمّا الزِّيادةُ؛ فلأنّه ربّما احتاج المعيرُ إلى فكاكِ الرَّهنِ، فيؤدِّي قدرَ الدَّين وما رضي بأداء القدر الزَّائد على ما عَيَّنَه، أو لأنّه يتعسَّر عليه ذلك، فيتضرَّرُ به.

وأمّا النُّقصان؛ فلأنّ الزَّائدَ على قَدْرِ الدَّينِ يكون أمانةً، وما رضي إلا أن يكون مَضْموناً كلُّه، فكان التَّعيينُ مُفيداً، فيَتَقَيَّدُ به، وإن رَهَنَه بجنسٍ آخر ضَمِن؛ لأنّه لم يَرْضَ به.

وكذا لو عَيَّن رَجُلاً فرَهَنَ عند غيره؛ لتفاوت النّاس في الحفظِ والملاءةِ والقضاء.

وكذلك لو قيّدَه ببلدةٍ فرهنَه بأُخرى ضَمِن.

والمعيرُ إن شاء ضَمَّنَ الرّاهنَ لتعدِّيه حيث خالف، وإن شاء المُرْتَهن؛ لأنّه قبضَ ماله بغير أَمره، فإن ضَمَّن الرّاهنَ مَلَكَ الرّهنَ، فصار كأنّه رَهَنَ

ملكه، فتترتب عليه أحكامُه، وإن ضَمَّنَ المرتهنَ رجَعَ بدينِهِ وبما ضَمِن على الرّاهن؛ لأنّه بسببِهِ وغُرُورِهِ.

ولو رَهَنَه ممّا عَيَّن، فهَلَكَ في يدِ المُرْتهن صار مُسْتوفياً دينه؛ لما تقدّم، وعلى الرَّاهن للمُعير مثله؛ لأنّه صار قاضياً دينه، فيَرْجِعُ بمثلِهِ.

ولو دَخَلَه عيبٌ نَقَصَ من الدِّين بحسابه، ويَضْمَنُهُ لربّ العارية.

ولو كانت قيمتُه أقلّ من الدَّين ضَمِن الرّاهن للمُعير قيمتَه؛ لأنّه صار قاضياً من دينَه بقدرها.

ولو هَلَكَ عند المُستعير قبل الرَّهن أو بعد الفِكاك لا يَضْمَنُ؛ لأنّه قبضَه بإذن المالك ولم يقض دينَه منه.

وإذا أَعطى المعير الدَّين ليأخذ الرَّهن أَجبر المُرْتهن على دفعِه إليه، ورَجَعَ بذلك على الرّاهن؛ لأنّه غيرُ متبرّع في ذلك لحاجتِه إلى خلاص ملكه.

ولو اختلفا في مقدار ما أَمره به، فالقولُ للمُعير؛ لأنّه منه يُستفاد، ألا يرى أن له إنكار الأصل، فكذا الوَصْفُ.

❧ ❧ ❧

فصل [جناية الرّهن]

جنايةُ الرّاهن على الرَّهنِ مضمونةٌ؛ لأنّه كالأَجنبيِّ في الماليّة حيث تعلَّق بها حقّ الغير حبساً واستيفاء.

وجنايةُ المَرْتَهن يَسْقطُ من الدَّين بقدرها؛ لأنه لو نَقَصَ لا بفعله يسقط، فبفعله أولى.

وجنايةُ الرّهن على الرّاهن وماله هدرٌ، والمراد جنايةُ توجب المال؛ لأنّها جنايةٌ المملوك على مالكه.

وكذلك جنايتُه على المُرْتهن؛ لأنّها لو اعتبرت كان عليه تطهيرُه منها لحدوثها في ضمانه، ولا يجب له الضَّمان، وعليه الخلاصُ لعدم الفائدة.

وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: هي معتبرةٌ؛ لأنّها على غير المالك، وفي اعتبارها فائدة، وهي دفعُه إلى الجناية، ويبطلُ الرَّهن، وإن لم يطلب المُرْتَهن الجناية بَقِي رهناً على حالِه.

وإن جَنَى على مالِه وقيمتُه والدَّين سواءٌ لا يُعتبرُ بالإجماع؛ لعدم الفائدة، وإن كانت القيمةُ أكثر، فكذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعنه: أنه يُعتبر بقدر الأمانة كجناية الوديعة على المُستودَع.

كتاب المأذون

الإذنُ في اللُّغة: الإعلام(١)، قال الله تعالى: {وَأَذِّن فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ} [الحج: ٢٧]: أي أعلم، ومنه الأَذان؛ لأنّه إعلام بوقت الصَّلاة.

وفي الشَّرع: فكُّ الحَجْر وإطلاقُ التَّصرُّف لمَن كان ممنوعاً عنه شَرعاً، فكأنّه أَعْلَمَه بفكِّ الحجر عنه وإطلاقِ تَصَرُّفِه، وأَعلم التُّجار بذلك ليعاملوه.

وفائدتُه: اهتداءُ الصَّبيِّ إلى إصدارِ التَّصرُّفاتِ واكتسابِ الأَمْوال واستجلابِ الأَرباحِ، وقد نَدَبَ اللهُ تعالى إلى ذلك بقوله: {وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى} [النساء: ٦]: أي اختبروهم بشيءٍ تَدْفَعونَه إليهم ليَتَصرَّفوا فيه، فتَنْظروا في

---

(١) الإذن لغة: في رد المحتار٦: ١٥٥: «قال الطوري: قال شيخ الإسلام في مبسوطه: الإذن هو الإطلاق لغةً؛ لأنَّه ضد الحجر، وهو المنع، فكان إطلاقاً عن شيء إلى شيء، اهـ، وفي النهاية: الإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه، وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه، من أذن له في الشيء إذناً، وأبعد الإمام الزيلعي في التبيين ٥: ٢٠٤ حيث قال: إنَّه الإعلام، ومنه الأذان، وهو الإعلام؛ لأنَّ الإذن من أذن في كذا: إذا أباحه، والأذان من أذن بكذا: إذا أعلم...الخ، وفي حاشية أبي السعود ﷺ: وقال قاضي زاده ﷺ في التكملة: لم أر قطّ في كتب اللغة مجيء الإذن بمعنى الإعلام».

تصرُّفهم، والدَّليل على جوازه ما روي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يجيب دعوةَ المملوك»[1]، ولا يجوز إجابة دعوة المحجور عليه، فدلَّ على جَواز الإذن، وعليه الإجماع.

(ويثبتُ بالصَّريح وبالدَّلالة كما لو رآه يَبيع ويَشْتري فَسَكت)؛ لأنّ سكوتَه عند هذه التَّصرُّفات دليلُ رضاه، كسكوتِ الشَّفيع عند تَصرُّف المُشتري.

وقال زُفر ﵁: لا يثبتُ بالدَّلالة؛ لأنَّ سكوتَه محتملٌ، وصار كالوَكيل.

ولنا: أنّ النَّاسَ إذا رأوه يَتَصَرَّفُ هذه التَّصرُّفات، والأب ساكتٌ يعتقدون رضاه بذلك، وإلا لمنعه، فيعاملونه معاملةَ المأذون، فلو لم يعتبر سكوته رضى يُفضي ذلك إلى الإضرار بهم، فوَجَبَ أن يكون سكوتُه رضى دفعاً للضَّرر عنهم.

---

(١) فعن أنس ﵁: «كان رسول الله ﷺ، يعود المريض، ويشيع الجنازة، ويجيب دعوة المملوك، ويَركب الحمار، وكان يوم قريظة، والنضير على حمار، ويوم خيبر على حمار مخطوم برسن من ليف، وتحته إكاف من ليف» في سنن ابن ماجة٢: ١٣٩٨، والمستدرك٢: ٥٠٦، وصححه، ومسند البزار١٤: ٨٣، ومسند ابن الجعد١: ١٣٣، ومسند الطيالسي٣: ٦٠٦.

وعن ابن عباس ﵄: «كان رسول الله ﷺ يجلس على الأرض، ويأكل على الأرض، ويعتقل الشَّاة، ويجيب دعوة المملوك على خبز الشعير» في المعجم الكبير١٢: ٦٧، وشعب الإيمان١٠: ٤٨٦.

قال: (**ويَصيرُ مأذوناً بالإذن العَامِّ والخاصِّ**)، فالعامُّ أن يقول للصغير: أذنت لك في التَّجارة، وأَذنت لك في البَيْع والشِّراء، ولا يُقيِّده بشيءٍ؛ لأنّ ذلك عامٌّ، فيتناول جميع الأنواع.

ويجوز تصرُّفُه بالغُبْن.

وقالا: لا يجوز إذا كان غُبْناً فاحشاً؛ لأنّ الزِّيادة بمنزلة التَّبرُّع.

وله: أنّه يتصرَّفُ بإذنه، وهذه تجارةٌ فتجوز.

والخاصُّ أن يأذنَ له في التِّجارة في نوع خاصّ بأن يقول له: أَذنت لك في البَرِّ أو في الصَّرف أو في الخِياطة أو في الصِّياغة، فإنّه يصير مأَذوناً في جميع التِّجارات والحِرَف.

وكذلك إذا نَهاه عن التِّجارة في نوع خاصٍّ.

وكذلك لو قال: أَذِنت لك في التِّجارة في البَرّ دون البحر.

وقال زُفر رضي الله عنه: يختصُّ بما قَيَّدَه به؛ لأنّه يستفيدُ التَّصرُّف بإذنه كالوكيل.

ولنا: ما بيَّنّا أنّه فكُّ الحَجر ورفعُ السَّبب الذي كان لأَجله محجوراً، فبعده يتصرَّفُ لنفسه بأهليتِه، وفَكُّ الحَجْر يوجد بالإذن في نوع واحدٍ؛ لأنّ الضَّرر الذي يلحق بالأب لا يتفاوت بين نوع ونوع، فيلغو التَّقييد، ويبقى قوله: اتّجر، وليس كالوَكيل؛ لأنّه يصحُّ بقوله: أَذِنت لك في التِّجارة، ولا يصحُّ التَّوكيلُ به؛ لأنّه مجهولٌ.

أمّا رفعُ الحجر إسقاطُه، والجهالةُ لا تُبْطلُه.

والصَّبيُّ يَتَصَرَّفُ لنفسه في مالِه، فلا يكون نائباً.

قال: (**ولو أَذِن له بشراءٍ طَعام الأكل وثيابِ الكِسْوةِ لا يَصيرُ مأذوناً**)؛ لأنّه استخدامٌ وليس بتجارةٍ؛ لأنَّ التِّجارةَ ما يطلبُ منه الرِّبح، ولأنّه لو اعتبرناه إذناً، أدّىٰ إلىٰ سدِّ باب الاستخدام، وفيه من الفَسادِ ما لا يخفىٰ.

قال: (**وللمأذون أن يَبيعَ ويشتري**)؛ لأنّه أصلُ التِّجارة، (**ويوكِّلَ**)؛ لأنّه قد لا يُمكنُه المُباشرةِ بنفسِهِ في بعضِ الأَحوال، (**ويُبْضعَ ويُضاربَ**)؛ لأنّ ذلك من التِّجارة، (**ويُعيرَ**)؛ لأنّ ذلك من أفعال التُّجار، (**ويَرْهنَ ويَسترهنَ**)؛ لأنّه وفاءٌ واستيفاءٌ، وهما من توابع البَيع، (**ويُؤجرَ ويَستأجرَ ويُسْلِمَ ويَقْبَلَ السَّلَم**)؛ لأنّ كلَّ ذلك من صَنيع التِّجار.

(**ويُزارعَ ويَشتري طَعاماً ويَزْرَعَه**)؛ لأنّه تجارةٌ يقصدُ بها الرِّبح، (**ويُشاركَ عناناً**)؛ لأنّها من أَفعال التُّجار، وله أن يؤاجر نفسَه؛ لأنّه يحصل به الرِّبحَ والاكتسابَ، وهو المقصود.

(**ولو أقرَّ بدين أو غصب أو وديعة جاز**)؛ لأنّه لو لم يصحّ لامتنع النّاس من معاملتِه، ولأنّ الغَصبَ مبادلةٌ.

قال: (**ويهدي القليل من الطَّعام، ويُضيف معامليه**)؛ لأنّه من صَنيع التُّجار، وفيه استمالة قلوب المعاملين، وقد صحّ أنه ﷺ «قبل هدية سلمان الفارسي، وكان عبداً».

وقال مُحمّد رضي الله عنه: يَتَصدَّقُ بالرَّغيف ونحوه، ولم يُقدِّر محمّدٌ رضي الله عنه الضِّيافة اليَسيرة.

وقيل: ذلك على قَدْر مال التِّجارة، إن كانت نحو عشرةَ آلاف، فالضِّيافة بعشرةٍ، وإن كانت تجارتُه عشرةَ دراهم فدانق كثيرٌ.

وله أن يحطَّ من الثَّمن بعيبٍ كعادة التُّجار، ولعلَّه أصلح من الرِّضا بالعَيب، ولا يحطُّ بغير عيبٍ؛ لأنّه تبرُّعٌ.

قال: (**ويصحُّ إقرارُه بما في يدِه بعد الحَجْر**) سواءٌ أقرَّ أنّه غصبٌ أو أمانةٌ أو أقرّ بدين.

وقالا: لا يصحُّ؛ لأنّ المصحِّحَ كان الإذن وقد زالَ، ولهذا لا يصحّ في حقِّ الرَّقبة، وصار كما إذا باعه من آخر.

وله: أنّ المصحِّحَ اليد، وهي باقيةٌ.

❧ ❧ ❧

$\square$

كتابُ الوكالة

وهي عبارةٌ عن التَّفويض والاعتمادِ، قال تعالىٰ : {وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ} [الطلاق: ٣]: أي مَن اعتمدَ عليه وفَوَّضَ أَمْرَه إليه كَفاه، ورَجلٌ وَكَل: إذا كان قَلِيل البَطْش، ضعيفَ الحركة، يَكِلُ أمره إلىٰ غيرِه فيما ينبغي أن يُباشَرَه بنفسِهِ.

وقيل: الوَكالة في اللُّغة: الحِفْظُ، قال تعالىٰ: {حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيل} [آل عمران: ١٧٣]: أي نِعْمَ الحافظ.

وقال أَصحابُنا: إذا قال: وَكَّلْتُك في كذا، فهو وَكيلٌ في حفظِهِ بقضيةِ اللَّفظ، ولا يَثْبُتُ ما زادَ عليه إلا بلفظِ آخر.

وأنّه قَريبٌ من الأَوّل، فإنّ مَن اعتمدَ علىٰ إنسانٍ في شيءٍ وفَوَّضَ فيه أَمْرَه إليه كان آمراً بحفظِهِ؛ لأنّه إنّما فَعَلَ ذلك لِيَنْظُرَ ما هو الأَصلحُ له، وأَصْلحُ الأشياء حفظُ الأصل؛ لأنّ التَّصرُّفات تَبْتَني عليه، وهذه المَعاني موجودةٌ في الوَكالة الشَّرعيَّة[1]، فإنّ المُوكِّل فَوَّضَ أَمْرَه إلىٰ الوكيل، واعتمدَ

---

(١) الوكالة شرعاً: تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل، كما في

عليه وَوَثِقَ برأيه؛ لِيَتَصَرَّفَ له التَّصَرُّفَ الأَحسن، وكلُّ ذلك يَبْتَنِي على الحفظ.

وهو مشروعٌ بالكتاب، وهو قولُه تعالى: {فَٱبْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ} [الكهف: ١٩].

وبالسُّنة، وهو ما صَحَّ أنه ﷺ وكّل بالشِّراء عُروةَ البارقِيِّ رضي الله عنه (١)، وفي رواية أخرى: حَكيمَ بنَ حِزام رضي الله عنه (٢)، ووكَّل في النِّكاح أيضاً عَمْرو بن أُميّة الضَّمْري رضي الله عنه (٣).

درر الحكام٣: ٤٩٣.

(١) فعن عروة البارقي رضي الله عنه قال: «دفع إليَّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاةً فاشتريتُ له شاتين، فبعثَ إحداهما بدينار وجئت بالشَّاة الأُخرى والدِّينار إلى النَّبيّ ﷺ، فذكر له ما كان من أمره فقال له: بارك الله لك في صفقتك» في صحيح البُخاري ٣: ١٣٣٢.

(٢) فعن عن حكيم بن حزام رضي الله عنه: «أنّ رسول الله ﷺ بعثه ليشتري له أضحيةً بدينار فاشترى أضحية، فربح بها ديناراً، ثم اشترى مكانه أُخرى فجاء بالأُضحية والدِّينار إلى رسول الله ﷺ فضحى بالشَّاة وتصدَّق بالدينار» في معجم الطبراني الكبير٣: ٢٠٥، وسنن الترمذي٣: ٨٥٥.

(٣) فعن محمد بن علي رضي الله عنه، قال: «بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النَّجاشي يخطب عليه أم حَبيبة بنت أبي سفيان، وكانت تحت عبيد الله بن جحش فزوجها إيّاه وأصدقها النَّجاشي من عنده عن رسول الله ﷺ أربعمائة دينار» في المستدرك٤: ٢٣.

وعليه تعامل النّاس من لدن الصَّدر الأوَّل إلى يومنا من غيرِ نَكيرٍ.

ولأنّ الإنسانَ قد يَعْجَزُ عن مباشرةِ بعضِ الأفعالِ بنفسِهِ، فيَحْتاجُ إلى التَّوكيل، فوَجَبَ أن يَشْرَعَ دفعاً للحاجة.

قال: **(ولا تَصِحُّ حتى يكون الموكِّل ممَّن يَمْلِكُ التَّصرُّفَ**(١) **وتلزمُه الأَحْكام**(٢)**، والوَكيل ممَّن يَعْقِلُ**(٣) **العَقْدَ ويَقْصِدُه)**(٤)؛ لأنّ التَّوكيلَ استنابةٌ

---

(١) الظّاهر أنَّ المراد مطلق التصرف، وإن أريد بالتصرّف التصرّف الذي وكّل به لا مطلق التصرّف يكون قولهما لا قول أبي حنيفة ﵁، فإنَّ المُسلِمَ إذ وكَّل الذميَّ ببيع الخمر يجوز عنده لا عندهما، كما في شرح الوقاية٤: ١٦٣: أي فالشرطُ عند أبي حنيفة ﵁ أن يكونَ التوكيلُ حاصلاً بما يملكه الوكيل، سواء كان الموكِّل مالكاً له أو لا، حتى يجوزَ عنده توكيلُ المسلمِ الذميَّ بشراءِ الخمر، كما في عمدة الرعاية ٦: ٤.

(٢) يحتمل أحكام ذلك التصرّف وجنس الأحكام، فالأول: احتراز عن الوكيل إذا وكّل، فإنَّه يملك ذلك التصرّف دون التوكيل به؛ لأنَّه لم تلزمه الأحكام، وهي الملك، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان، والثاني: احترازٌ عن الصبيّ والمجنون، ويكون ملك التصرّف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً، وهذا أصحّ؛ لأنَّ الوكيلَ إذا أذن له بالتوكيل صحّ والأحكام لا تلزمه، كما في العناية٧: ٥١١، وصححه في غاية البيان وأقرهم في الفتح٨: ١٢.

(٣) أي: يعقل أنَّ البيعَ سالبٌ والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير والفاحش، كما في درر الحكام٢: ٢٨٢.

(٤) أي: لو تصرَّف هازلاً لا يقع عن الآمر، كما في شرح الوقاية ٤: ١٦٣، لكن قال في مِنح الغفار ق٢: ١٤٢/ ب: وأما تفسيرُهم بالقصد؛ للاحترازِ عن بيعِ الهازلِ والمكره،

واستعانةٌ، والوكيلُ يَمْلِكُ التَّصرُّف بتمليك الموكِّل، وتلزمه الأحكام، فوجب أن يكون الموكِّل مالكاً لذلك ليصحّ تمليكُه، والوكيل يقومُ مقامَ الموكِّل في الإيجابِ والقَبول، فلا بُدّ أن يكون من أهلِهما، فلو وَكَّلَ صَبيّاً لا يَعْقِلُ أو مجنوناً فهو باطلٌ.

ولو وكَّل صَبيّاً عاقلاً مأَذوناً جاز.

وكذلك إذا وَكَّلَ المسلمُ ذمِيّاً أو بالعكس أو حَرْبيّاً مُستأمناً؛ لما ذكرنا.

قال: (**وكّل عقدٍ جاز أن يَعْقِدَه بنفسِهِ جاز أن يُوكِّلَ به**)؛ لما ذكرنا من الحاجة، (**فيجوز بالخُصومة في جميع الحُقوق وإيفائِها واستيفائِها**)؛ لما ذكرنا من الحاجة؛ لأنّه لا يَعْرِفُ ذلك كلُّ أحدٍ، والدَّليل عليه الحديثُ المَشهورُ: «ولعلَّ أحدَكم أن يكون أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ من بعض»[١]، وعليٌّ ﵁: «وَكَّلَ أَخاه عَقِيلاً وابنَ أخيه عبد الله بن جعفر»[٢].

فخارج عن المقصود؛ لأنَّ الكلامَ الآن في صحَّةِ الوكالة، لا في صحَّةِ بيعِ الوكيل؛ ولذا تركَه في الكنز ص١٣٢، وتركناه في المختصر ص١٥٦ أيضاً.

(١) سبقه تخريجه عن أم سلمة رضي الله عنها في صحيح البخاري٩: ٨٩.

(٢) فعن عبد الله بن جعفر قال: «كان عليُّ بن أبي طالب ﵁ يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خُصومة وَكَّل فيها عَقيل بن أبي طالب، فلَمّا كَبُرَ عَقيل وكَّلني» في السنن الكبرىٰ للبيهقي٦: ١٣٤، والسنن الصغير للبيهقي٢: ٣٠٨.

قال: (**إلا الحُدودَ والقِصاصَ، فإنّه لا يجوز استيفاؤها مع غَيْبةِ المُوكِّل**)؛ لأنّ احتمالَ العَفْو ثابتٌ للنَّدب إليه، وللشَّفقة على الجنس، وأنّه شُبهةٌ، وأنّها تَنْدَرئ بالشُّبهات، بخلاف ما إذا حَضَرَ لانتفاءِ هذا الاحتمال.

وقال أبو يوسف ﷺ: لا يجوز التَّوكيل بإثباتِ الحُدود والقِصاص؛ لأنّها نيابةٌ، فيُتَحَرَّز عنها في هذا الباب كالشَّهادة على الشَّهادة.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ الجنايةَ سببُ الوجوب، والظُّهورُ يُضاف إلى الشَّهادة، والخُصومةُ شَرْطٌ، فيجوز التَّوكيلُ به كسائر الحُقوق، لا بخلاف الاستيفاءِ على ما بيّنّا.

قال: (**ولا يجوزُ بالخُصومة إلا برضاء الخَصْم، إلا أن يكون المُوكِّل مَريضاً أو مُسافراً**)[1].

---

(١) قال في الهداية: لا خلاف في الجواز، إنَّما الخلاف في اللزوم، يعني: هل ترتد الوكالة برد الخصم عند أبي حنيفة ﷺ؟ نعم، واختاره المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي، ورجح دليله في كل مُصنَّف، وعندهما: لا، ويجبر، واختار أبو الليث ﷺ الفتوى على قولهما، وبه أخذ أبو القاسم الصفار، وقال في فتاوى العتابي: هو المختار، وقال السَّرَخْسيُّ ﷺ: الصحيح أنَّ القاضي إذا عَلم من الموكِّل القصدَ بالإضرار إلى المدعي بالتوكيل بِحِيَلِهِ وأباطيله لا يقبل منه التوكيل إلا برضا خصمه، وإلا فيقبله، وقيد بالخصومة؛ لأنَّ التوكيل بقبض الدين والتقاضي والقضاء بغير رضا الخصم جائز

وقالا: يجوز بغير رضاه.

ومعناه: أنّه لا يجب على الخَصم إجابةُ الوكيل عنده، وعندهما يجب؛ لما رُوِي أنّ عليّاً رضي الله عنه «وَكَّلَ بالخصومة مُطلقاً»[١]، ولأنّه توكيلٌ بحقٍّ، فيجوز كالتَّوكيل باستيفاء الدَّين.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: قوله صلى الله عليه وسلم: «يا عليّ لا تقض لأحد الخصمين حتى يحضر الآخر»[٢]، وفي رواية: «حتى تَسْمَع كلام الآخر»[٣]، فيُشْتَرُط حضورُه أو استماعُ كلامه، ولأنّ الخصومةَ تلزم المطلوب حتى يجب عليه الحضور والجواب، فلا يجوز أن يحيلَه على غيرِه بغير رضاه كالدَّين.

ولأنّ النّاس يَتَفاوتون في الخُصومة، فلعلَّ الوكيل يكون أشدُّ خصاماً وأكثرُ احتجاجاً، فيتضرَّر الخصم بذلك، فلا يلزمه إلا برضاه، بخلافِ المريض العاجز عن الخُصومة، فإنّه لا يَسْتَحِقُّ عليه الحُضور، وكذلك المُسافر؛ لأنّ في تكليفِهِ السَّفر مَشقّةٌ، فلا يلزمه الحُضور، فجاز لهما التَّوكيل.

إجماعاً، كما في الجوهرة١: ٢٩٨، وفي درر الحكام٢: ٢٨٢: أنَّ المتأخرين اختاروا قول السرخسي رضي الله عنه للفتوى، وقال في الحقائق: وإليه مال الأوزجندي، كما في التصحيح ص٢٧٢.

(١) سبق تخريجه قبل أسطر.

(٢) بيض لها ابن قطلوبغا في الإخبار٢: ٢٦٤.

(٣) سبق تخريجه عن عليٍّ رضي الله عنه في مسند أحمد١: ٩٠، وسنن الترمذي٣: ٦١٨، وحسنه.

ولا فَرْقَ في ظاهر الرِّواية بين الرَّجل والمرأة البكر والثيّب، واستحسن المتأخرون أنّ المرأةَ إذا كانت مُخَدَّرةً(١) جاز توكيلها بغير رضاء الخصم؛ لعجزها عن الخُصومة بسببِ الحَياء والدَّهشة.

قال: (**وكلُّ عَقْدٍ يُضيفُه الوَكيلُ إلى نفسِهِ كالبَيْع والإجارة والصُّلحِ عن إقرارٍ تتعلَّق حقوقُه به، من تسليمِ المَبيعِ ونقدِ الثَّمنِ والخُصومةِ في العَيْبِ وغيرِ ذلك، إلاّ والصَّبيَّ المَحْجورين، فتجوز عقودُه، وتَتَعَلَّقُ الحقوقُ بموكلِه**)؛ لأنّ الوكيلَ هو العاقدُ، ولا يَفْتَقِرُ في هذه العُقُودِ إلى ذِكرِ الموكِّل، والعاقدُ الآخر اعتمدَ رجوع الحقوق إليه، فلو لم تَرْجِعُ إليه يتضرَّر على تقديرِ كون الموكِّل مُفْلساً، أو مَن لا يَقْدِرُ على مُطالَبتِهِ واستيفاءِ الثَّمن منه، وأنّه مُتْنفٍ، بخلاف النِّكاح وأَخواته، فإنّه لا بُدّ من ذِكْرِ المُوكِّل وإسنادِ العَقْد إليه، فلا ضَرَرَ حينئذٍ، وكذلك الرَّسول؛ لأنّه يُضيفُ العَقْدَ إلى مُرْسلِه.

---

(١) المُخَدَّرَة من الخَدر بفتح الخاء: إلزامُ البنتِ الخِدر بكسر الخاء، وهو ستر يمدُّ للجارية في ناحية البيت. ويطلقُ الخِدر على البيتِ إن كان فيه امرأةٌ، وإلاَّ لا. فالحاصلُ: أنَّ المُخَدَّرَةَ هي التي لا تخرج عن بيتها إلى الأسواقِ غالباً، ولم تخالطْ مع الرجال، فإنَّ الخروجَ للحاجةِ لا يقدحُ في تخديرها ما لم يكثر، بأن تخرجَ لغيرِ حاجة، ولو حضرت مجلس القضاء لا يمكنها أن تنطقَ بحقّها لحيائها، فيلزمُ توكيلها، وهذا شيءٌ استحسنه المتأخّرون، وعليه الفتوى، كما في الهداية٣: ١٣٧، والكفاية٦: ٥٦٢، والفتح٦: ٥٦١، وحاشية الطحطاويّ٣: ٢٦٦، والمصباح ص١٦٥.

ولأنَّ الوَكيلَ هو العاقدُ حقيقةً بكلامِهِ، وحُكماً؛ لعدم إضافةِ العَقْدِ إلىٰ غيرِهِ، فيكون أَصْلاً في الحُقوق، ثمّ يثبتُ الملك للموكِّلِ خلافةً نظراً إلىٰ التَّوكيل السَّابق.

أمّا الصَّبيُّ فيَنْفَذُ تَصَرُّفُه؛ لأنّهما من أهلِه، حتىٰ لو كان مَأذوناً جازَ علىٰ ما مَرّ في الحَجْر، إلا أنّ الحُقوقَ لا تَتَعلَّق به؛ لأنّه ليس من أهل التَّبرُّعات، والتزام العُهْدة؛ لقُصور أَهليّةِ الصَّبيِّ ولحقِّ السَّيد، فيلزم الموكِّل.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: لو عَلِمَ العاقدُ الآخر أنّه محجورٌ عليه بعد العَقْد، فله خيار العَيْب؛ لاعتقادِهِ رُجوعَ الحُقُوق إلىٰ العاقدِ، وقد فاته فيَتَخَيَّر.

قال: (**وإذا سَلَّم المَبيعَ إلى الموكِّل لا يَرُدُّه الوَكيلُ بعيبٍ إلا بإذنِهِ**)؛ لأنّه تعلَّق به حقُّ الموكِّل، وانتقلَ الملك إليه، فصار كما إذا باعه من آخر.

قال: (**وللمُشتري أن يَمْتَنِعَ من دَفْع الثَّمن إلى الموكِّل**)؛ لما بَيَّنَّا أنّ الحُقُوقَ راجعةٌ إلىٰ الوَكيل، فهو أَجْنبيٌّ من العَقْد.

(**فإن دَفَعَه إليه جاز**)؛ لأنّه حَقُّه، وليس للوكيل أن يُطالبَه به؛ إذ لا فائدة في الأخذِ منه، ثمَّ يدفعُه إليه.

ولو كان للمُشتري عليهما دينٌ أو علىٰ الموكِّل تقع المقاصّةُ بدينِ الموكِّل؛ لما بَيَّنَّا أنّه حقُّه، وتَقَعَ المُقاصّةُ بدَينِ الوكيل لو كان وحدَه؛ لأنّه يَمْلِكُ الإبراءَ عنه، لكن يَضْمَنُهُ للموكِّل.

قال: (**وكلُّ عَقْدٍ يُضيفُه إلى موكلِهِ، فحقوقُه تتعلَّق بموكلِه: كالنِّكاح والخُلْعِ والصُّلْحِ عن دم العَمْد**)، فلا يُطالب وكيلُ الزَّوج بالمهر، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمَها، ولا بدلَ الخُلْع؛ لأنَّ الوكيلَ سفيرٌ، ولهذا لا بُدَّ له من ذكرِ الموكِّل، وإسنادُ العقدِ إليه، حتى لو أَضاف العَقْدَ إلى نفسِهِ كان النِّكاح واقعاً له لا لموكلِهِ كالرَّسول.

والخُلْعُ والصُّلحُ عن دمِ العَمْدِ إسقاطٌ كما يوجد يتلاشى(١)، فلا يُمكنُ صدورُه من شخصٍ وثبوتُ حكمِه لغيره.

(و)على هذا (**الصُّلحِ عن إنكارٍ والهِبة والصَّدقة والإعارةِ والإيداع والرَّهنِ والإقراض والشَّركةِ والمُضاربةِ**)؛ لأنّ الحكمَ يثبتُ في هذه الأشياء بالقَبْض، وأنّه يُلاقي محلاً مملوكاً للمُوكِّل، فكان سَفِيراً.

---

(١) أي؛ لأنّ الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب؛ لأنه إسقاط فيتلاشى، فلا يتصوّر صدوره من شخص، وثبوت حكمه لغيره، فكان سفيراً، كما في الهداية٣: ١٣٨، يعني أنّ السَّببَ في هذه العقود إسقاط فيتلاشى، ومعنى الإسقاط في غير النِّكاح ظاهر، وأما فيه فلأن الأصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن؛ لكونهن من بنات آدم كالذكور، إلا أن الشَّرع أثبت نوع ملك على الحرّة بالنكاح ضرورة النَّسل، وفي ذلك إسقاط لمالكيتها فيتلاشى، فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره، كما في العناية٨: ١٩.

وكذا لو كان وَكيلاً من الجانبِ الآخر؛ لأنّه يُضيفُ العَقدَ إلى المالك، إلا في الاستقراضِ، فإنَّ التَّوكيلَ به باطلٌ، ولا يَثْبُتُ الملكُ فيه للمُوكِّل، بخلاف الرّسول.

فصل

الجَهالةُ ثلاثةُ أَنواع: فاحشةٌ، ويسيرةٌ، وبينهما.

فالأُولى: جَهالةُ الجنس: كالتَّوكيل بشراءِ ثوبٍ أو دابّةٍ، فإنّه لا يَصِحُّ وإن سَمَّى الثَّمن؛ لأنّه لا يُمكن الوَكيلُ امتثالُ ما وكَّله به؛ لتَفاوته تَفاوتاً فاحِشاً.

والثَّانية: جَهالةُ النَّوعِ والصِّفة: كالحِمار والفَرس وقَفِيز حِنْطةٍ وثَوب هَرَويّ، فإنّه يصحُّ وإن لم يُقَدِّر الثَّمنَ؛ لأنَّ الوكيلَ يقدرُ على تحصيل مقصوده، وتتعيَّن الصِّفة بحال الموكِّل، واختلاف الصِّفة لا يوجب اختلاف المقصود، فصار كأنّه وكَّله بشراءِ ثوبٍ هَرَويٍّ بأي صفةٍ كان وبالثَّمن المعتاد، وقد صحَّ أنَّ النّبيَّ ﷺ: «وكّل حَكيم بنَ حِزام بشراء شاةٍ للأُضْحية»[1].

والثَّالثةُ: التَّوكيل بشراءِ دارٍ إن سَمَّى الثَّمن صَحَّ، وإلا فلا، فإذا سَمَّى الثَّمن أَلحقناه بمجهول النّوع، وإن لم يُسمِّ أَلحقناه بجهالةِ الجنس؛ لأنَّ بالتَّسميةِ يصيرُ معلومَ النَّوع عادةً، فإنَّ ثَمنَ كلِّ نوعٍ مَعْلومٌ عادةً.

(١) سبق تخريجه قبل صفحات.

قال: (**ومَن وَكَّلَ رَجُلاً بشراءِ شيءٍ ينبغي أن يذكرَ صفتَه وجنسَه أو مبلغَ ثمنِه**)؛ لأنَّ بذلك يصير مَعلوماً، فيَقْدِرُ الوكيلُ عليه، (**إلا أن يقول له: ابتع لي ما رأيت**)؛ لأنّه فوَّضَ الأمرَ إلى رأيه، فأيّ شيءٍ اشترى كان مؤتمراً.

قال: (**وإن وَكَّلَه بشراءِ شيءٍ بعينِهِ ليس له أن يشتريه لنفسِهِ**)[1]؛ لأنَّ الآمرَ اعتمد عليه في شرائِه، فيصير كأنّه قد خدعه بقبول الوَكالة ليشتريه لنفسِه، وأنّه لا يجوز.

(**فإن اشتراه بغير النَّقدين أو بخلاف ما سَمَّى له من جنس الثَّمن، أو وكَّلَ آخر بشرائه وَقَعَ الشِّراءُ له**)؛ لأنّه خالفَ أَمر المُوكِّل فوَقَعَ له؛ لأنَّ الوكيلَ بالشِّراءِ لا يجوز له أن يشتري إلا بالدَّراهم والدَّنانير؛ لأنّه المعروف، والمعروفُ كالمَشروطِ.

وقال زُفَر ﵁: إذا اشتراه بكيليٍّ أو وَزْنيٍّ يقعُ للمُوكِّل؛ لأنّه شُراءٌ من كلِّ وجهٍ لتعلُّقِهِ بالذِّمّةِ كالنَّقْدين، بخلافِ ما إذا اشتراه بعينٍ لا يَثْبُتُ في الذِّمّة؛ لأنّه بيعٌ من وجهٍ شِراءٌ من وجهٍ.

---

(١) معناه: لا يتصوّر أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل؛ لأنَّ فيه عزل نفسه، وهو لا يملك عزل نفسه، والموكِّل غائبٌ، حتى لو كان الموكِّلُ حاضراً وصرّح بأنَّه يشتريه لنفسه كان المُشترى له؛ لأنَّ له أن يعزل نفسه بحضرة الموكِّل، وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه؛ لأنَّ فيه تغريراً له، كما في التبيين٤: ٢٦٣، ورجحه في الهداية٨: ٤١، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ والموصليّ وصدر الشريعة، تصحيح، كما في اللباب١: ٢٩٧.

ولنا: أنّه يَنْصَرفُ إلى المُتَعارف عند الإطلاق، وهو النَّقدان، فيَتَقَيَّدُ به.

ولو عقَدَ الوكيلُ الثَّاني بحضرةِ الأوّلِ لزم الموكِّل؛ لأنّه برأيه، فلم يكن مخالفاً.

قال: (**وإن كان بغيرِ عينِهِ فاشتراه فهو له، إلا أن يدفعَ الثَّمنَ من مالِ الموكِّل، أو يَنْوي الشِّراءَ له**)، وهذا لا يخلو:

أمّا إن أضافَ العَقْدَ إلى دراهمِ الآمر أو نَقَدَ الثَّمن من مال الآمر، فيَقَعُ للآمر عَمَلاً بالظَّاهر.

وإن أَضافه إلى دراهمِ نفسِه كان لنفسِه عَمَلاً بالمُعتاد، فإنَّ الشِّراءَ وإضافةَ العقدِ إلى دراهمِهِ مُعتادٌ غيرُ مُستنكرٍ شَرْعاً.

وإن أضافَه إلى مُطلقِ الدَّراهم، فإن نَواه للآمرِ فله، وإن نَواه لنفسِهِ فلنفسِهِ؛ لأنّ له أن يعملَ لنفسِهِ وللآمر.

وإن تَكاذبا في النِّيّة يُحكَّم النَّقدُ؛ لأنّه دليلٌ.

وإن تَوافقا على عدمِ النِّيّة:

قال مُحمّد رضي الله عنه: هو للعاقد عَمَلاً بالأصل.

وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يُحكَّم النَّقْدُ؛ لاحتمال الوجهين.

والوَكيلُ بشراءِ شيءٍ بعينِهِ يقعُ العَقْد والملك للمُوكِّل وإن لم يضف العقد إليه.

أمره أن يشتري له كُرَّ حِنْطةٍ من قريةٍ كذا، فالحملُ على الآمرِ؛ لجريان العادة، والعرف بذلك.

قال: (**والوَكيلُ في الصَّرفِ والسَّلَمِ تُعْتَبرُ مُفارقتُه لا مُفارقة المُوكِّل**)؛ لما ذكرنا أنّ الحقوقَ تَرْجِعُ إليه، ومُرادُه الوَكالةُ بالإسْلام لا بالقَبول، فإنّه لا يجوز أن يَبيعَ الوَكيل في ذمَّتِهِ على أن يكون الثَّمنُ لغيره.

قال: (**وإن دَفَعَ إليه دراهم ليشتري بها طَعاماً فهو على الحِنْطة ودَقيقها**) اعتباراً بالعرف، (**وقيل: إن كانت كثيرةً فعلى الحِنْطة، وقليلةٌ فعلى الخُبْز، ومتوسطة فعلى الدَّقيق**) اعتباراً بالعُرف أيضاً.

وإن كان في موضع يتعارفون أكل غير الحِنْطة وخبزها، فعلى ما يتعارفونه.

قال: (**وإن دَفَعَ الوكيلُ الثَّمن من ماله، فله حبسُ المبيع حتى يقبض الثَّمن**)؛ لأنّه بمنزلةِ البائعِ من الموكِّل حُكماً حتى يردَّه الموكِّلُ على الوَكيلِ بالعيب، ولو اختلفا في الثَّمن تحالفا.

(**فإن حَبَسَه وهَلَكَ، فهو كالمَبيع**)[1]؛ لما قُلنا.

---

(١) يعني: أنَّه يهلك بالثمن، كما في التبيين٤: ٢٦١، بأن يسقط الثمن قلّ أو كَثُر، وذلك أنَّ الوكيلَ يجعل كالبائع والموكّل كالمشتري منه، ويجعل المبيع كأنَّه هَلَكَ في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري، فينفسخ البيع بين الوكيل والموكِّل، ولا يكون لأحدهما على الآخر شيءٌ، كما في البائع والمشتري، كما في الجوهرة١: ٣٠٢.

وقال أبو يوسف ﵁: كالرَّهن[1]؛ لأنّه حَبْسَه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوساً، وهو معنى الرَّهن.

قال: (**وإن وكَّله بشراءِ عشرةِ أرطالِ لحمٍ بدرهمٍ فاشترى عشرين ممَّا يُباع منه عشرة بدرهم لزم الموكِّل عشرة بنصف درهم**).

وقالا: يلزمه العُشْرون؛ لأنّه أَمره بالشَّراءِ بدرهم، بناءً على أنّ سِعْرَ اللَّحم عشرةٌ بدرهم، فقد زادَه خَيْراً، كما إذا وكَّله ببيعِ جمله بألفِ درهم فباعَه بألفين.

ولأبي حنيفة ﵁: أنّ المقصودَ إنّما هو اللَّحم لا إخراج الدِّرهم، وقصدُه تعلَّق بعشرةِ أرطال لحم، فتبقى الزِّيادة للوكيل، بخلاف مسألة الجمل؛ لأنَّ المقصودَ بيعُه، والزَّائد حَصَلَ بدل ملكه، فيكون له.

ولو اشترى من لحمٍ يُساوي عشرين رَطلاً بدرهمٍ فهو مخالفٌ؛ لعدم حصول المقصود، وهو السَّمين، وهذا هَزيلٌ، فلا يلزمه.

قال: (**والوكيلُ بالبيع يجوز بيعُه بالقَليلِ وبالنَّسيئة وبالعَرْض، ويأخذ الثَّمن رَهناً وكفيلاً**).

---

(١) وعند زفر ﵁: ضمان الغصب، وصورة ضمان الغصب: هو أن تجب قيمته بالغة ما بلغت، فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، كما في الجوهرة١: ٣٠٢.

وقالا: لا يجوز إلا بمثلِ القَيمةِ حالاً أو بما يَتَغابنُ فيه[1]، ولا يجوز إلاّ بالأثْمان؛ لأنّ الأمرَ عند الإطلاق يَنْصَرِفُ إلى المُعتاد، كما إذا أَمره بشراءِ الفَحْم يَتَقَيَّدُ بالشِّتاء، وبالجَمَد بالصَّيف وغير ذلك، والمُتَعارفُ هو ثمنُ المِثْل وبالنَّقدين.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّه وَكَّلَه بمطلق البَيْع، وقد أتى به، فيجوز إلا عند التُّهمة، على أنَّ البيعَ بالغُبْنِ مُتعارفٌ عند الحاجة إلى الثَّمن، وكذلك البَيْعُ بالغُبْنِ عند كراهةِ المَبيع.

وعن أبي حنيفة ﷺ: المنعُ فيما ذكرا من المَسائل، ولأنّه بيعٌ من كلِّ وجهٍ حتى يحنثَ به في قوله: لا يبيع، وإنّما لا يملكُه الوَصِيُّ والأَبُ مع كَونِهِ بَيْعاً؛ لأنَّ ولايتَهما نظريّةٌ، ولا نَظَرَ في البَيْع بالغُبن.

قال: (**ولا يصحُّ ضَمانه الثَّمن عن المشتري**)؛ لأنّ الحقوقَ تَرْجِعُ إليه، فيكون مطالِباً ومطالَباً، وأنّه مُحَالٌ.

---

(١) قال في «البزازية»: وعليه الفتوى، لكن في «التصحيح»: ورَجَّحَ قولَ الإمام وهو المعوَّل عليه عند النسفي، وهو أصحُّ الأقاويل، والاختيار عند المحبوبيّ ووافقه الموصليّ وصدر الشريعة، اهـ، وعليه أصحابُ المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية، وفي التصحيح أيضاً: قال القاضي: واختلفت الروايات في الأجل، والصحيحُ يجوز على كلّ حال، وعن أبي يوسف ﷺ: إن كان التوكيل بالبيع للحاجة إلى النفقة وقضاء الدين ليس له أن يبيع بالنسيئة وعليه الفتوى، كما في اللباب١: ٣٠١.

قال: (**والوَكيلُ بالشِّراء لا يجوز شراؤه إلا بقيمةِ المِثْلِ وزيادةٍ يُتَغابنُ فيها**)؛ لاحتمالِ التُّهمة، وهو أنّه يجوز أنّه اشتراه لنفسِهِ ثمَّ وجدَه، أو غالي الثمن فألحقه بالموكل ولا كذلك في البيع؛ لأنّه لا يجوز أن يبيعه لنفسه فلا تُهمةٍ.

ولو أنّه وكَّله بشراءِ شيءٍ بعينه جاز؛ لأنّه لا يجوز أن يشتريه لنفسه؛ لما مَرّ، فانتفت التُّهمة.

وكذا الوكيل بالنّكاح إذا زوَّجه بأكثر من مهرِ المثل جاز على الموكِّل لانتفاء التُّهمة؛ لأنَّه لا يجوز أن يتزوَّجها، بخلاف الوَكيل بمطلق الشِّراء.

وعندهما: يتقيَّدُ في الكلِّ بثمنِ المثل، ومهر المثل.

(**وما لا يُتغابنُ فيه في العُروض في العَشرة زيادةُ نصفِ درهمٍ، وفي الحيوان درهمٍ، وفي العَقار درهمين**)[1]؛ لأنّ قلَّة الغُبن وكثرته بقلّة التَّصرُّف وكثرته، والتَّصرُّفُ في العُروض أكثر، ثمّ في الحيوان، ثمّ في العَقار.

---

(١) المشهور أنّ الغبن الفاحش هو الزِّيادة الكبيرة في ثمن المبيع التي خرجت عن تقويم المقومين من أهل السُّوق، فهي زائدةٌ عن السِّعر المتداول في السُّوق، وطالما أنّها ترجع لتقويم السُّوق، فيكون مردها للعرف المتداول في أنواع السِّلع، وبالتَّالي سيختلف من بلدٍ إلى بلد ومن مكانٍ إلى مكان.

وينبغي أن يكون ما ذكرتُه مجلة الأحكام العدلية المادة١٦٥: من التَّقدير للغبن بالزِّيادة على (٥٪) في العروض، و(١٠٪) في الحيوانات، و(٢٠٪) في العقارات، يرجع إلى العرفِ المتداول في زمنها، ولنا أن نُقدِّر غيره في زماننا بعد التَّفحص للسُّوق.

قال: (**ولو وكَّله ببيع جمل فباع نصفَه جاز**).

وقالا: لا يجوز؛ لما فيه من تعييبه بالشَّركة.

ولو أنّه لو باع جميعَه بهذا القدر جاز عنده، فهذا أولىٰ.

ولو باع باقيه قبل أن يختصما جاز عندهما؛ لأنّ بيعَ البعض قد يكون وسيلة إلىٰ بيع الباقي، بأن لا يجد مَن يَشتريه جملةً.

(**وفي الشِّراءِ يتوقَّفُ، فإن اشترى باقيه قبل أن يَختصما جاز**).

وقال زُفر رضي الله عنه: إذا اشترىٰ نصفَه يقع للوكيل بكلِّ حال؛ لأنّه صار مخالفاً بشراءِ النِّصف فيقعُ له، ويَقَعُ الثَّاني له أيضاً.

ولنا: أنّ شِراءَ الكلِّ قد يَتَعَذَّرُ جملةً واحدةً بأن يكون مشتركاً بين جماعة، فيَشتري شِقْصاً[1] شِقْصاً، فإن اشترىٰ باقيه قبل أن يَرُدَّ الموكِّلُ البيعَ تبيَّنَ أنّه اشترىٰ البعض ليتوسَّل به إلىٰ شراءِ الباقي، فلا يكون مخالفاً، فينفذُ علىٰ الموكِّل.

أَمَرَه بالبيع الفاسد فباع جائزاً جاز، وقال مُحمّد رضي الله عنه: لا يجوز؛ للمخالفة، فإنّه أَمره ببيع يملك نقضَه، ولا يُزيل ملكه بالعَقد، وصار كما إذا أَمَرَه بالبيع بشرط الخيار فباعه باتاً.

---

(١) الشِقص: الجزء من الشيء، كما في المغرب ١: ٢٥٥.

ولهما: أنّه أمره بالبَيْع، وأن يَشترط شَرْطاً فاسداً، والأمرُ بالبيع صحيحٌ وباشتراطِ شرطٍ فاسدٍ باطلٌ، فصار أمراً بمطلق البيع، فينصرفُ إلى الصَّحيح.

ولا نُسلِّم أنّ البيعَ الفاسد يَقْدِرُ على نقِضه مطلقاً، فقد يزول الملك بنفس العقد بأن يكون المبيع في يد المشتري.

قال: (**ولا يعقد الوَكيلُ مع مَن لا تُقبَلُ شَهادتُه له إلا أن يبيعَه بأكثر من القَيمة**).

وعندهما: يجوز بمثلِ القيمةِ.

وله: أنّه موضعُ تُهمةٍ بدليل عدم قَبول الشَّهادة، وموضعُ التُّهمةِ مُستثنى من الوَكالة، ولأنّ المَنافعَ بينهم مُتصلةٌ، فشابه البَيع من نفسِهِ.

وعلى هذا الخلاف الإجارة، فإذا كان البيع بأكثر من القيمةِ لا تهمة.

قال: (**وليس لأحدِ الوَكيلين أن يَتَصَرَّفَ دون رفيقِهِ إلاَّ في الخُصومة**)؛ لأنّه ما رَضِيَ إلا برأيهما، واجتماعُ الرَّأي له أثرٌ في تَوْفيرِ المَصْلحة.

أمّا ما لا تأثيرَ له في اجتماع الرَّأي فيه، وما لا يُمكن الاجتماعُ عليه يجوزُ أن يَنْفَردَ به أحدُهما كالخُصومة، فإنّه لا يُمكن اجتماعُهما عليها.

(**والطَّلاقِ، والعِتاقِ بغيرِ عِوَض، ورَدِّ الوَديعةِ، وقَضاءِ الدَّين**)؛ لأنّ اجتماعَ الرَّأي لا تأثير له في ذلك.

قال: (**وليس للوكيلِ أن يُوكِّل إلاّ بإذن الموكِّل أو بقوله: اعمل برأيك**)؛ لأنّه ما رَضِي إلاّ برأيه، والنَّاسُ يتفاوتون في الآراء، فإذا أَذِن له، أو قال: اعمل برأيك، فقد فوَّضَ إليك الأمرَ مُطلقاً ورَضِي بذلك، فإذا أجاز كان وكيلاً عن الموكِّل الأوّل؛ لأنّه يعملُ له، ولا ينعزلُ بعزلِ الوَكيلِ الأوَّل ولا بموتِه، وهو نظيرُ القاضي إذا استخلف قاضياً، وقد مَرّ.

(**وإن وَكَّلَ بغيرِ أَمره فعَقَدَ الثَّاني بحضرةِ الأَوَّلَ جاز**).

وقال زُفر رضي الله عنه: لا يجوز؛ لأنَّ التَّوكيل ما صَحَّ، فصار كما إذا عَقَدَ بغَيْبَتِهِ.

ولنا: أنّه إنّما جاز برأيه والموكِّل راضٍ به، وكذا إذا عَقَدَ في غيبةِ الأوَّل فأجاز، وهكذا كلُّ عقدِ معاوضةٍ.

وما ليس بمعاوضة كالنِّكاح والطَّلاق لا يجوز بإجازتِه؛ لأنَّه لا يَتَوَقَّفُ على إجازةِ الوَكيل؛ لأنّه سَفيرٌ لا يتعلَّقُ به حقوقُ العقد، بل يَتَوَقَّفُ على إجازةِ الموكِّل، وقد عُرِف.

قال: (**وللمُوكِّلِ عَزْلُ وَكيلِه**)؛ لأنّ الوكالةَ حقُّه، فله أن يبطلَها، إلاّ أن يتعلَّق بها حقُّ الغير: كالوَكالةِ المَشروطةِ في بيعِ الرَّهن ونحوه، فليس له عزلُه؛ لما فيه من إبطالِ حقِّ الغَيْر.

(**ويَتوقَّفُ على علمِهِ**)؛ اعتباراً بنهي صاحب الشَّرع، ولأنه لو انعزل بدون علمِهِ يتضرَّر؛ لأنَّ الحقوقَ ترجعُ إليه، فيتصرَّفُ في مالِ الموكِّل بناءً على

الوَكالة، فيَنْقُدُ الثَّمن ويُسلِّم المبيعَ فيَضْمَنُه، وأَنَّه ضرَّرٌ به، وهو نظيرُ الحِجْر على المأذون.

وكذلك لو عَزَلَ الوَكيل نفسَه لا يَنْعَزِلُ بدون علم الموكِّل؛ لأنّه عقدٌ تَمَّ بهما، وقد تعلَّق به حقُّ كلِّ واحدٍ منهما، ففي إبطالِهِ بدون عِلْم أحدِهما إضرارٌ به.

قال: (**وتَبْطُلُ الوَكالة بموتِ أحدِهما وجنونِهِ جُنوناً مُطبقاً ولحاقِهِ بدار الحربِ مُرتدّاً**)[١].

أمّا الموتُ؛ فلإبطال الأَهلية، ولأنّ الأَمر يَبْطُلُ بالموت، وكذلك الجنون، وكذلك ملك الموكل يَزول بموتِهِ إلى الوَرثة، واللَّحاق مع الرِّدَّة موت حكماً.

ولو جُنَّ يوماً ويفيق يوماً لا يبطل؛ لأنّه في معنى الإغماء؛ لأنّه عجز يحتمل الزَّوال كالعجز بالنَّوم والإغماء.

وعن أبي يوسف ﷺ: لا ينعزل حتى يُجنَّ أكثر السَّنة؛ لأنّه متى دام كذلك لا يَزول غالباً، فصار كالموت.

---

(١) قال في التصحيح: قالوا: هذا قول أبي حنيفة ﷺ واعتمده النسفي والمحبوبي، كما في اللباب١: ٣٠٠.

وعن مُحمّد رضي الله عنه: سنةٌ، وهو الصَّحيح(١)؛ لأنّه إن كان لعلّةٍ أو مَرَضٍ يزول أو يتغيَّرُ في سنةٍ؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة من حرارةِ الهواءِ وبرودتِهِ ويُبْسِهِ ورطوبتِه، فإذا لم يزل فيها، فالظَّاهر دوامُه.

ولو لحق الموكِّل أو الوكيل بدار الحرب مُرتدّاً ثمّ عاد لا تعود الوكالة للحُكم ببطلانها.

وقال مُحمّد رضي الله عنه: تعود كالمريض إذا برأ، والمجنون إذا أفاق.

قال: (**وإذا افترق الشَّريكان بَطَلَ توكيلُهم وإن لم يعلم به الوَكيل**)؛ لأنّ بهذه العَوارض لم يَبْقَ للمُوكِّل مالٌ، وانتقل إلى غيره، فيَقَعُ تَصَرُّفُ الوكيل في مال الغير بغير أَمْره، فلا يجوز، وصار كالموت.

ولو وكَّله، وقال: كلَّما عزلتُك فأنت وكيلي صحَّ ويكون لازماً، وطريق عزله أن يقول: عزلتُك كلَّما وكلتك، وقيل: لا ينعزل بذلك؛ لأنّ العَزْلَ عن الوكالة المعلَّقة لا يصحُّ، والأَصحُّ(٢) أن يقول: رجعتُ عن الوكالة المُعلَّقة، وعزلتُك عن الوكالة المُنجَّزة.

---

(١) وصححه في درر وغيرها، لكن في «الشرنبلالية» عن «المضمرات»: شهر، وبه يفتى وكذا في القُهُستانيّ والباقاني وجعله قاضي خان في فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبي حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ، كما في الدر المختار٥: ٥٣٨.

(٢) واختاره في غرر الأحكام٢: ٢٩٥، والملتقى٢: ٧٤١؛ لأنه إذا رجع عنها لا يبقى لها أثر، فإذا قال بعدها: وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظ كلَّما فحينئذ

قال: (**وإذا تَصرَّفَ الموكِّل فيها وُكِّل به بَطَلَت الوكالة**)، والمرادُ تصرُّفاً يعجزُ الوكيلُ عن البيع؛ لأنّه عَزْلٌ حكماً، وذلك كالبيعِ والهِبةِ مع التَّسليمِ.

وإذا كان تَصرُّفاً لا يعجزُه لا يَنْعَزِلُ، كما إذا أذن للعبد في التِّجارة أو رَهَنَه أو آجره؛ لأنّه لا يُعْجزُه عن عقدِ يوجب الملك للمُشتري.

ولو وكَّله ببيع جملٍ فباعه الموكِّلُ بَطَلَت الوَكالة.

ولو باعاه معاً: قال محمّدٌ ﷺ: هو للمُشتري من الموكِّل؛ لأنّه باع ملكه، فكان أولى.

وعند أبي يوسف ﷺ: هو بينهما؛ لأنّ بيع الوكيل مثل بيع الموكِّل عنده، ألا ترى أنّه لو تقدَّم بطل ببيع الموكِّل كما إذا تقدَّم بيع الموكِّل بطل بيع الوكيل، وإذا استويا كان بينهما؛ لعَدَم الأَولويّة.

قال: (**والوكيلُ بقبضِ الدَّين وكيلٌ بالخُصومةِ فيه**) خلافاً لهما، وبقبض العين لا يكون وَكيلاً بالخُصومة فيها بالإجماع.

لهما: أنّه ليس كلُّ مَن يصلحُ للقَبْضِ يعرفُ الخُصومةَ ويَهتدي إلى المحاكمة، فلا يكون الرِّضى بالقَبْض رضاً بالخصومة.

وله: أنّه وكَّله بأخذ الدَّين من ماله؛ لأنّ قبضَ نفسِ الدَّين لا يتصوَّر، ولهذا قُلنا: إنَّ الدُّيون تُقضى بأَمثالها؛ لأنّ المقبوضَ مِلْكُ المُطلوبِ حقيقةً،

ينعزل، كما في مجمع الأنهر ٢: ١٤١.

وبالقبضِ يتملَّكه بدلاً عن الدَّين، فيكون وكيلاً في حقِّ التَّمليك، ولا ذلك إلا بالخُصومة، وصار كالوَكيلِ بأخذ الشُّفعة.

وثمرتُه: إذا أَقام الخَصمُ البيِّنةَ علىٰ استيفاءِ الموكِّل أو إبرائِهِ تُقبَلُ عنده خلافاً لهما.

أمَّا في العَين، فهو ناقلٌ؛ لأنّها أَمانةٌ في يدِ المَطلوب.

ولو أَقام البيِّنةَ أنّ الموكِّل باعَه إيّاها سُمِعت في منعِ الوَكيلِ من القَبْضِ دون البَيْع؛ لأنّ الوَكيلَ ليس بخصمٍ، إلا أنّها تَضَمَّنت إسقاطَ حقِّه من القبض، فيُقْتَصَر عليه.

ونظيرُه: لو وكَّلَه بنقل زوجتِهِ، فأقاما البيِّنةَ علىٰ الطَّلاق، سُمِعَتْ في قَصْرِ يدِه عنهما، ولا يثبت الطَّلاق؛ لما قلنا.

والوكيلُ بطلب الشُّفعة والرَّدِّ بالعيبِ والقسمةِ يملكُ الخصومة؛ لأنّه لا يتوصَّل إلىٰ ذلك إلا بالخصومة.

قال: (**والوكيلُ بالخُصومةِ وكيلٌ بالقبضِ خلافاً لزُفر** ﷺ)؛ لأنّه رَضِي بخصومتِهِ لا بقبضِه، وليس كلُّ مَن يصلحُ للخصومةِ يؤتمنُ علىٰ القبض.

ولنا: أنّ المقصودَ من الخصومةِ استيفاءُ الدَّين، فكان المقصودُ من الوَكالةِ الاستيفاء فيملكه، (**والفَتْوى على قول زُفر** ﷺ)[1]؛ لفَسادِ الزَّمانِ

---

(١) الفتوىٰ علىٰ أن لا يملك، «هداية»، ونقل في «التصحيح» نحوه عن الاسبيجاني

وكثرةِ ظُهورِ الخيانة في النَّاس.

والوكيلُ بالتَّقاضي يملكُ القَبْض بالإجماع؛ لأَنَّه لا فائدة للتَّقاضي بدون القبض.

قال: (**ولو أقرَّ الوكيلُ على موكِّلِهِ عند القاضي نَفَذَ، وإلا فلا**).

وقال أبو يوسف ﷺ أوّلاً: لا يَنْفَذُ أَصْلاً، وهو قَول زُفَر ﷺ، ثمّ رَجَعَ وقال: يجوز في مجلس القاضي وغيره.

لزُفر ﷺ: أنّ الإقرارَ يُضادُّ الخصومة، والشَّيءُ لا يَتناول ضِدَّه، كما لا يَتناول الصُّلحَ والإبراءَ.

ولأبي يوسف ﷺ: أنّ الوَكيلَ قائمٌ مَقام الموكِّل، فيجوز إقرارُه عند القاضي وغيره كالموكِّل.

ولهما: أنّه أقامَه مقامه في جوابٍ هو خصومةٌ، فيَتَقَيَّدُ بمجلسِ القاضي، فإذا أَقَرَّ في غيرِ مجلسِهِ فقد أَقَرَّ في حالةٍ ليس وَكيلاً فيها.

وجوابُ زُفر ﷺ: أنّه وكَّله بالجواب.

و«الينابيع» و«الذخيرة» و«الواقعات» وغيرها، ثم قال: وفي «الصغرىٰ» التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان في بلده العرف بين التجار: أنَّ المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض وإلا فلا، وهذا اللفظُ في «التتمة»، ونقل مثله عن محمد بن الفضل، كما في اللباب١: ٣٠٣.

والجوابُ يكون بالإنكار ويكون بالإقرار، وكما يَملك أحدُهما بمطلقِ الوكالةِ يملكُ الآخرُ، فصار كما إذا أَقرَّ أنّه قبضَه بنفسِهِ، والإقرارُ في مجلسِ القاضي خصومة مجازاً؛ لأنّ الخُصومةَ سببٌ له.

وتبطل وكالتُه عند مَن قال: لا يصحُّ إقرارُه؛ لأنَّ الإقرارَ تَضَمَّنَ إبطالَ حقِّ الموكِّل ولا يَملكه، وإبطالُ حقِّه في الخُصومةِ، وأنّه يَملكُه فيَبْطُلُ.

والأبُ والوَصيُّ لا يصحُّ إقرارُهما على الصَّغير بالإجماع؛ لأنّه لا يصحُّ إقرارُ الصَّغير، فكذا نائبُه، ولأنّ ولايتَهما نظريّةٌ، ولا نَظَرَ فيه.

وذكر محمّد ﷺ في «الزِّيادات»: لو وكَّله على أن لا يُقِرَّ جاز من غيرِ فصل.

وروى ابنُ سَماعة عن محمّد ﷺ: أنّه يجوز إن كان طالباً؛ لأنّه لا يُجبرُ على الخُصومة، فيوكِّل بما يَشاء، وإن كان مَطلوباً لا يجوز؛ لأنّه يُجبرُ على الخُصومة، فلا يوكِّلُ بما فيه إضرارٌ بالطَّالب.

قال: (**ادَّعى أنَّه وكيلُ الغائب في قَبْضِ دَيْنِهِ وصَدَّقَه الغَريمُ أُمِر بدفعِهِ إليه**)؛ لأنّه إقرارٌ على نفسِهِ؛ لأنَّ ما يقبضُه إنّما يقبضُه من مالِهِ؛ لما بيَّنَّا: أنَّ الدُّيون تُقْضَى بأَمثالها، (**فإن جاء الغائبُ فإن صدَّقَه، وإلاَّ دَفَعَ إليه ثانياً**)؛ لأنّه لَمَّا أَنْكَر الوَكالةَ لم يثبت الاستيفاء.

(**ورَجَعَ على الوكيل إن كان في يدِه**)؛ لأنّه لم يحصل غرضُه بالدَّفع، وهو براءةُ ذمَّتِهِ من الدُّيون، (**وإن كان هالكاً لا يَرْجِعُ**)؛ لأنّه لمّا صدَّقه في

الوَكالةِ فقد اعترف أنّه قبضَه بحقٍّ وأنّ الطّالب ظالمٌ له.

قال: (**إلا أن يكون دفعه إليه ولم يُصَدَّقه**)؛ لأَنَّه دفعَه رجاء الإجازة، فإذا لم يحصل له ذلك رَجَع عليه.

وكذلك إن أَعْطاه مع تكذيبِه إيّاه.

وكذلك إن أعطاه مع تصديقِه وقد ضَمَّنه عند الدَّفع: أي أخذ منه كَفيلاً بذلك؛ لأنّ المأخوذَ ثانياً مَضْمونٌ على الوكيلِ في غرضِها فيَضْمَنُهُ.

وفي جميعِ هذه الوجوه ليس للدَّافع استردادَ ما دَفَعَ ما لم يحضر الغائب؛ لأنّه صار حَقّاً للغائبِ قطعاً أو محتملاً.

قال: (**وإن ادَّعى أنّه وكيلُه في قبضِ الوَديعةِ لم يؤمر بالدَّفع إليه وإن صدَّقَه**)؛ لأنّها مالُ الغير، فلا يُصدَّقُ عليه، فلو دفعها ضَمِن.

(**ولو قال: مات المودِع وتركها ميراثاً له وصَدَّقه أُمر بالدَّفع إليه**)؛ لأنّه لمّا صدَّقَه على الموت، فقد انتقل ماله إلى وارثه، فإذا صدَّقَه أنّه الوارثُ لا وارث له غيرُه تعيَّن مالكاً، فيؤمر بالدَّفع إليه.

(**ولو ادَّعى الشِّراء من المودِع وصدَّقه لم يدفعها إليه**)؛ لأنّه مهما كان حَيّاً فملكه باق، فلا يُصدَّقان عليه في انتقاله بالبيع ولا بغيره.

ﻫ ﻫ ﻫ

$\square$

$\square$

كتابُ الكَفالة

(وهي) في اللُّغة: الضَّمُّ، قال تعالىٰ : {وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا}[آل عمران: ٣٧]: أي ضَمَّها إلىٰ نفسِهِ، وقال ﷺ: «أنا وكافلُ اليتيم كهاتين في الجنّة»[١]: أي الذي يَضُمُّه إليه في التَّربية، ويُسمَّىٰ النَّصيب كِفْلاً؛ لأنّ صاحبَه يضمّه إليه.

وفي الشَّرع: (**ضَمُّ ذِمّةِ الكفيلِ إلى ذِمّةِ الأَصيل في المُطالبة**)، هو الصَّحيح[٢]، ولهذا يبرأ الكفيلُ ببراءةِ الأَصيل؛ لعدم بقاءِ المُطالبة، ولا يَبْرأ الأصيلُ ببراءةِ الكفيل؛ لبقاء الدَّين في ذمَّتِه.

---

(١) فعن سهل رضي الله عنه، قال ﷺ: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة»، وقرن بين أصبعيه الوسطىٰ والتي تلي الإبهام في صحيح البخاري٧: ٥٣، وسنن أبي داود٤: ٣٣٨، واللفظ له.

(٢) وصححه في الوقاية وشرحها لصدر الشريعة: وعند البعضِ: ضَمُّ الذمّةِ إلىٰ الذِّمَّةِ في الدَّين؛ لأنَّه لو لم يثبتِ الدَّينُ لم يثبتِ المطالبة، والأصحُّ هو الأوَّلُ؛ لأنَّ الدَّينَ لا يتكررُ، فإنَّه لو أوفاه أحدُهما لا يبقىٰ علىٰ الآخرِ شيءٌ.

وهي عقدُ وثيقةٍ وغرامةٍ شُرِعَت لدفع الحاجة، وهو وصولُ المكفول له إلىٰ إحياء حقِّه، وأكثرُ ما يكون أوَّلُها ملامةً، وأَوْسطُها ندامةً، وآخرُها غَرامةً(١).

دلّ علىٰ شرعيَّتِها قوله ﷺ: «الزَّعيمُ غارمٌ»(٢):أي الكفيلُ ضامنٌ، وبُعِث النَّبيُّ ﷺ والنَّاس يتكفَّلون فأَقرَّهم عليه، وعليه النَّاس من لدن الصَّدرِ الأوَّل إلىٰ يومنا هذا من غير نَكيرٍ.

ورُكنُها قَوْل الكَفيل: كَفِلْتُ لك بمالك علىٰ فلان، وقول المكفول له: قَبِلْتُ.

وقال أبو يوسف ﷺ: القَبولُ ليس بشرطٍ بناءً علىٰ أنّها التزام مطالبة للحال لا غير.

---

(١) سبب الكفالة: مطالبة مَن له الحقّ؛ للتوثق بتكثير محلّ المطالبة، أو تيسير وصول حقه إليه.

وأهلها: أهل التبرّع، حتىٰ لا تصحّ ممّن لا يملك التبرع: كالصغير، وكذا لا تصحّ من المريض إلاّ من الثلث؛ لأنَّه لا يملك التبرّع بأكثر منه، كما في التبيين٤: ١٤٦.

(٢) فعن أبي أمامة ﷺ، قال ﷺ: «إن الله ﷻ قد أعطىٰ كلّ ذي حقّ حقه، فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة شيئاً من بيتها، إلا بإذن زوجها، فقيل: يا رسول الله، ولا الطعام، قال: ذاك أفضل أموالنا، ثم قال: العور مؤدّاة، والمنحةُ مردودةٌ، والدَّين مَقضي، والزَّعيم غارم» في سنن أبي داود٣: ٢٩٦، وسنن الترمذي٣: ٥٥٧، وحسنه.

وعندهما: المُطالبةُ للحال وإيجاب الملك في المؤدى عند الأداء على ما يأتي في أثناء المسائل.

وشرطُها[1]: كون المكفول به مَضْموناً على الأصيل مقدورَ التَّسليم للكَفيل؛ ليصحَّ الالتزام بالمطالبة، ويُفيدُ فائدتَها.

---

(١) شروط الكفالة:

١. أن يكون الأصيل قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو بنائبه عند أبي حنيفة ﵁، فلا تصح الكفالة بالدَّين عن ميت مفلس عنده، وعند أبي يوسف ومحمّد ﵄: تصح.

٢. أن يكون الأصيلُ معلوماً، بأن كَفِل ما على فلان، فأَمّا إذا قال: على أَحَدٍ من النَّاسِ أو بعينٍ أو بنفس أو بفعل، فلا يجوز؛ لأنَّ المضمون عليه مجهول.

٣. أن يكون المكفول له معلوماً، حتى أنَّه إذا كفل لأحد من النّاس لا تجوز؛ لأنَّ المكفولَ له إذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع له الكفالة، وهو التوثق.

٤. أن يقبل المكفول له في مجلس العقد، وأنَّه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمّد ﵄ إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس، حتى أنَّ مَن كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر؛ لأنَّ فيه معنى التمليك.

٥. أن يكون المكفولُ له عاقلاً، فلا يَصِحُّ قَبول المجنون والصَّبيِّ الذي لا يَعْقِل.

٦. أن يكون المكفولُ به مضموناً على الأصيل، سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس.

وأما العين فنوعان:

الأول: عين أمانة، فلا تصحّ الكفالة بها، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم: كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم: كالعارية والمستأجَر في يد الأجير؛ لأنَّه أضاف الكفالةَ إلى عينها، وعينها ليست بمضمونة.

وحكمُها: صيرورةَ ذمّةِ الكفيل مَضْمومةً إلىٰ ذمّةِ الأَصيل في حَقِّ المُطالبة دون أَصل الدّين؛ لما مَرّ.

ولا يلزم من لزوم المُطالبةِ علىٰ الكَفيلِ وجوبَ الدَّين عليه، ألا ترىٰ أنَّ الوَكيلَ مُطالبٌ بالثَّمن، وهو علىٰ المُوكِّل، حتىٰ لو أبرأ البائعُ الموكِّلَ عن الثَّمن جاز، وسَقَطَتْ المُطالبةُ عن الوَكيل.

الثاني: عين مضمونة، فنوعان:

أ.مضمون بنفسه: كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض علىٰ سوم الشراء، فتصحّ الكفالة؛ لأنَّه كفالة بمضمون بنفسه.

ب.مضمون بغيره: كالمبيع قبل القبض والرهن، فلا تصح الكفالة؛ لأنَّ المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه.

وأما الفعل، فهو فعل التسليم في الجملة، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن؛ لأنَّ المبيعَ مضمونُ التسليم علىٰ البائع، والرهنَ مضمونُ التسليم علىٰ المرتهن في الجملة بعد قضاء الدَّين، فكان المكفول به مضموناً علىٰ الأصيل، وهو فعل التسليم، فصحّت الكفالة به، لكنَّه إذا هلك لا شيء علىٰ الكفيل؛ لأنَّه لم يبق مضموناً علىٰ الأصيل، فلا يبقىٰ علىٰ الكفيل.

وأمّا الدينُ، فتصحّ الكفالة به بلا خلاف؛ لأنَّه مضمونٌ علىٰ الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل.

٧. أن يكون المكفولُ به مقدورَ الاستيفاء من الكفيل؛ ليكون العقدُ مفيداً، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص؛ لتعذّر الاستيفاء من الكفيل، فلا تفيد الكفالة فائدتها، كما في البدائع ٦: ٦-٧.

قال: (**ولا تصحُّ إلا ممَّن يملك التَّبرُّع**)؛ لأنّه التزامٌ بغير عِوَضٍ، فكان تبرُّعاً.

(**وتجوز بالنَّفس والمال**)؛ لما رَوينا وذكرنا من الحاجة والإجماع، ولأنّه قادرٌ على التَّسليم.

أمَّا المال؛ فلولايتُه على مال نفسه.

وأمَّا النَّفس؛ بأن يُعلم الطَّالبَ بمكانه ويُخلي بينهما، وبأعوان السُّلطان والقاضي، فيصحُّ دفعاً للحاجة.

قال: (**وتَنْعَقِدُ بالنَّفس بقولِه: تَكَفَّلْتُ بنفسِهِ أو برقبتِهِ وبكلِّ عضوٍ يُعبَّرُ به عن البَدَن**)؛ لأنّه صَريحٌ بالكفالة بالنَّفس، (**وبالجزء الشَّائع كالخُمس والعُشر**)؛ لأنّ النَّفسَ لا تتجزّأ، فذكرُ البعض ذكرُ الكلّ.

(**وبقولِهِ: ضَمِنْتُهُ**)؛ لأنّه معنى الكَفالة.

(**وبقولِهِ: عليَّ، وإليَّ**)؛ لأنّهما بمعنى الإيجاب، قال ﷺ: «مَن تَرَكَ كَلاً أو عِيالاً فإليّ»[1]: أي عليّ، «ومات رجل وعليه ديناران فامتنع النَّبيُّ ﷺ من الصَّلاة عليه، فقال عليٌّ رضي الله عنه: هما عليّ، فصلَّى عليه»[2].

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «مَن ترك مالاً فلورثته، ومَن ترك كلاً فإلينا» في صحيح البخاري٣: ١١٨، وصحيح مسلم٣: ١٢٣٨.

(٢) فعن أبي سعيد رضي الله عنه قال: «أتي رسول الله ﷺ بجنازة ليصلي عليها، فتقدَّم ليصلي،

(و)بقوله: **(أنا زعيم)** للنَّصّ[1] **(أو قَبيل)**؛ لأنّه بمعنى الكَفيل لغةً وعُرفاً، وكذا قوله: أنا ضَمين، أو لَكَ عندي هذا الرَّجل، أو عليَّ أن أُوفِيَك به، أو أن ألقاكَ به؛ لأنّ ذلك يؤدِّي معنى الكفالة[2].

قال: **(والواجبُ إحضارُه وتسليمُه في مكانٍ يَقْدِرُ على محاكمتِه)**؛ ليفيد تسليمه، **(فإذا فَعَلَ ذلك برئ)**؛ لأنه أَتَى بما التزمه وحصل مقصود المكفول له.

ولو سَلَّمه في بريّة لا يَبْرأ؛ لعدم الفائدة، فإنّه لا يَقْدِرُ على محاكمتِه.

فالتفت إلينا فقال: هل على صاحبكم دين؟ قالوا: نعم، قال: هل ترك له من وفاء؟ قالوا: لا، قال: صلوا على صاحبكم، قال علي بن أبي طالب ﷺ: علي دينه يا رسول الله، فتقدم فصلَّى عليه، وقال: جزاك الله يا علي خيراً كما فككت رهان أخيك، ما من مسلم فَكّ رهان أَخيه إلا فَكّ الله رهانه يوم القيامة» في السنن الكبرى للبيهقي٦: ١٢١.

وعن سلمة بن الأكوع ﷺ: «أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: هل عليه من دين؟، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقال: هل عليه من دين؟، قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: عليَّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه» في صحيح البخاري٣: ٩٦.

(١) لأنَّ الكفيل يسمّى زعيماً؛ قال ﷻ حكاية عن صاحب يوسف ﵇: {وَأَنَاْ بِهِ زَعِيم}[يوسف: ٧٢]، أي: كفيل، كما في التبيين٤: ١٤٨.

(٢) ألفاظ الكفالة: كلُّ ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة، كما في رد المحتار٥: ٢٨٦.

وكذلك في السَّواد؛ لأنّه لا حاكم بها.

ولو سلَّمه في المصر أو في السُّوق برئ لقدرتِهِ عليه بأعوان القاضي والمسلمين، وقيل: لا يبرأ في زماننا(١)؛ لمعاونتهم على منعه منه عادة.

(**ولو سلَّمه في مصر آخر برئ**)؛ لقدرته على مخاصمته فيه، وقالا: لا يبرأ؛ لأنّ شهوده قد لا يكونون فيه، قلنا: وقد يكونون فيه.

قال: (**فإن شَرَطَ تسليمَه في وقتٍ معيَّنٍ لزمه إحضارُه فيه إذا طَلَبَه منه**) إلزاماً له بما التزم، (**فإن أَحْضره، وإلا حَبَسَه الحاكم**)؛ لأنّه صار ظالماً بمنعه الحقّ، وقيل: لا يحبس أَوّلَ مَرّة(٢)؛ لأنّه ما ظَهَرَ ظُلْمُه، وهذا إذا كان المكفولُ به حاضراً، فلو كان غائباً أَمْهلَه الحاكمُ مدّةَ ذهابِه وإيّابِه.

---

(١) قال السرخسي: المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا؛ بناءً على عادتهم في ذلك الوقت، أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس؛ لأنَّ الظاهر المعاونة على الامتناع؛ لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الإحضار، والتقيد بمجلس القاضي مفيد، وإن سلَّمه في برية لم يبرأ؛ لعدم المقصود، وهو القدرة على المحاكمة، كما في العناية٧: ١٦٩، وفي الملتقى ص١٢٤: والمختار في زماننا: أنَّه لا يبرأ. انتهى. أي: سواء كان التسليم في سوق ذلك المصر أو في سوق مصر آخر. وفي المنح ق٢: ٧٩/ أ-ب: وهو قول زفر ﷺ، وبه يفتى في زماننا؛ لتهاون الناس في إقامة الحق، ومحل الاختلاف في بلد لم يعتادوا نزع الغريم من يد الخصم، كما في الفتح٦: ٢٨٩، والبحر٦: ٢٢٩.

(٢) لكن لا يحبسه أول مرة؛ لاحتمال أنَّه ما عرف لماذا يدعى، فيمهله حتى يظهر له مطله؛ لأنَّه جزاء الظلم، وهو ليس بظالم قبل المماطلة، كما في التبيين٤: ١٤٨.

(فإذا مَضَتْ المُدَّة ولم يُحْضِرْه حَبَسَه)؛ لامتناعِهِ من إيفاءِ الحقِّ، **(وإذا حَبَسَه وثَبَتَ عند القاضي عَجْزُه عن إحضارِه خَلَّى سبيلَه)**، ويُسلمه إلى الذي حَبَسَه، وإن شاء لازمه إلا أن يكون في مُلازمتِهِ تفويتُ قُوتِهِ وقُوت عيالِهِ، فيأخذ منه كفيلاً بنفسِهِ ويخليه.

(وإذا لم يعلم مكانه لا يُطالب به)؛ لعجزِه عن إحضارِه فصار كالموت، إلاّ أنّ في الموتِ تبطل الكفالة أصلاً للتيقُّن بالعَجْز، وهنا لا؛ لاحتمال القُدْرة بالعلم بمكانه.

ولو ارتدَّ المكفول به ولحق بدار الحرب إن عَلِم القاضي أنّه يُمكنه دخول دار الحرب وإحضارُه فهو كالغَيبة المعلومة، وإن كان لا يُمكنه فكالغيبة المجهولة، ولا تَبْطُلُ الكفالة؛ لأنّه مُطالبٌ بالتَّوبة، والرُّجوعُ ممكنٌ، فيُمكن الكفيل إحضارُه بعد ردَّتِهِ كالغَيبةِ المَجهولة.

قال: **(وتَبْطُلُ بموت الكفيل والمكفول به دون المكفول له)**.

أمّا الكَفيل فلعَجْزه، والورثةُ لم يتكفّلوه، وإنّما يخلفونه فيما له لا فيما عليه.

وأمّا المكفولُ به؛ فلما مَرّ.

بخلاف المكفول له؛ لأنّ الكفيلَ غيرُ عاجز، والوَرثةُ يخلفون المكفول

له في المطالبة؛ لأنّه حقُّه، قال ﷺ: «مَن ترك مالاً أو حقّاً فلورثتِهِ»[1].

قال: (**وإن تكفَّل به إلى شهرٍ فسَلَّمَه قبل الشَّهر بَرأ**)؛ لتعجيل الدَّين المؤجَّل، وهذا لأنّ التَّأجيلَ حَقُّه، فله إسقاطُهُ.

قال: (**وإن قال: إن لم أوفِّكَ به فعليَّ الألفَ التي عليه فلم يُوفِّ به، فعليه الألف**)؛ لصحّةِ التَّعليقِ ووجودِ الشَّرط، (**والكفالةُ باقية**)؛ لأنّه لا منافاة بين الكفالتين، ولاحتمال أن يكون عليه حقٌّ آخر غير الألف.

ولو قال الطَّالب: لا حقَّ لي قِبَلَ المكفول به، فعلى الكفيل تسليمُه؛ لاحتمال أنّه وصيٌّ أو وكيلٌ.

ولو أخذ منه كفيلاً آخر لم يَبْرأ الأوّل؛ لعدم المنافاة.

وإذا سَلَّمَه الكفيلُ إليه برأ وإن لم يَقْبَلْه الطَّالبُ كإيفاءِ الدَّين.

وكذا إذا سَلَّمَه وكيلُه أو رسولُه؛ لقيامهما مَقامه.

وكذا إذا سَلَّمَ المكفولُ به نفسَه عن كفالتِهِ؛ لأنّ الحقَّ عليه، وهو مُطالَبٌ بالخصومةِ، فله الدَّفعُ عنه: كالمكفولِ بالمال.

قال: (**والكفالةُ بالمال جائزةٌ إذا كان دَيْناً صَحيحاً، حتى لا تصحُّ ببدل الكتابة والسِّعاية والأماناتِ والحدودِ والقِصاص**)؛ لما بيَّنّاه في أوَّل الكتاب،

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: «من ترك مالا فللورثة، ومن ترك كلا فإلينا» في صحيح مسلم٣: ١٣٢٨، صحيح البخاري٣: ١٥٦.

وسواءٌ كان المكفولُ به مَعْلوماً أو مَجْهولاً كقولِهِ: تَكفَّلتُ بما لك عليه، أو بما يدركُك؛ لأنّ مبناها على التَّوسُّع، فتُحْتَمُل فيها هذه الجَهالة اليَسيرة.

(**وإذا صَحَّت الكَفالة، فالمكفولُ له إن شاء طالبَ الكَفيل، وإن شاءَ طالب الأَصيل**)؛ لما بيَّنّا من الضَّمّ، وله مطالبتُهما جمعاً وتَفْريقاً؛ ليتحقَّقَ معنى الضَّمّ، بخلاف الغَصْب إذا اختار المالك تَضْمين أحدِ الغاصبين ليس له مُطالبة الآخر؛ لأنّه لمّا اختار تضمينه فقد ملَّكه العين، فليس له أن يملِّكها للآخر.

قال: (**ولو شَرَطَ عدم مُطالبة الأَصيل فهي حَوالة**)؛ لوجود معناها، (**كما إذا شَرَطَ في الحَوالة مُطالبة المَحيل تكون كَفالة**)؛ لوجود معنى الكَفالة والعُبرةُ للمعاني.

قال: (**وتجوز بأَمْر المَكْفول عنه وبغير أَمره**)؛ لأنّه إلزمٌ على نفسِهِ ليس على غيره فيه ضررٌ، (**فإن كانت بأَمْرِه فأدّى رَجَعَ عليه**)؛ لأنّه قَضى دينَه بأَمْره، (**وإن كانت بغير أَمْره لم يَرْجِعْ عليه**)؛ لأنّه مُتبرِّعٌ.

قال: (**وإذا طُولب الكَفيلُ ولُوزم طالب المَكفول عنه ولازمه**)، ويقول له: أدِّ إليه، ولا يقول له: أدّ إليّ، وكذا يحبسُه إذا حَبَسَه؛ لأنَّ ما لحقه بسببِهِ فيأخذه بمثلِه، وليس له مُطالبتُه قبل ذلك؛ لأنّه ما لزمه بسببِهِ شيءٌ.

قال: (**وإن أدّى الأَصيل أو أبرأه رَبُّ الدَّين برأ الكفيلُ**)؛ لأنّه تَبَعٌ، ولأنّ الكفالةَ بالدَّين، ولا دَينَ مُحَالٌ.

(وإن أبرئ الكَفيل لم يبرأ الأصيل)؛ لأنَّ الدَّين على الأَصيل، وبقاؤه عليه بدون مُطالبة الكفيل جائزٌ.

(وإن أَخَّر عن الأَصيل تَأخر عن الكفيل، وبالعَكس لا)؛ لأنّه إبراءٌ مؤقَّتٌ فيُعْتَبَرُ بالإبراءِ المُطلق، فإن صالح الكفيلُ رَبَّ الدَّين من الألف على خمسمائة برئ هو والأصيل؛ لأنّه لما أضافه إلى الدّين، وهو على الأَصيل برئ الأَصيل، فيبرأ الكفيل، ثمّ يَرْجِعُ الكفيلُ على الأَصيل بخمسمئةٍ إن كانت الكفالةُ بأمره.

ولو صالح بخلاف جِنْس الدَّين رَجَعَ بجميع الأَلف؛ لأنّه مبادلةٌ.

ولو صالحه عمّا استوجب بالكَفالة لا يَبْرأُ الأَصيلُ؛ لأنّه إبراءٌ له عن المُطالبة.

قال: **(وإن قال الطَّالب للكفيل برئتَ إليَّ من المال رَجَعَ به على الأَصيل)**؛ لأنّه أضافَ البراءةَ إلى فِعْل المَطلُوب، ولا يَمْلِكُ ذلك إلا بالأَداء فيرجع.

(وإن قال: أَبرأْتُك لم يرجع)؛ لأنّه إسقاطٌ، حتى لا تَعلُّقَ له بغيره.

ولو قال: برئتَ رَجَعَ عند أبي يوسف ﵁؛ لأنّها براءةٌ ابتداؤها من المَطلوب وذلك بالإيفاء.

وقال مُحمّد ﵁: لا يرجع؛ لأنّه يحتمل الوَجهين فلا يَرْجِعُ بالشَّكِّ.

وهذا كلُّه إذا غاب الطَّالب أمَّا إذا كان حاضراً يَرْجِعُ إليه؛ لأنّه هو المُجْمِلُ.

قال: (**ولا يصحُّ تعليقُ البراءة منها بشرطٍ**)؛ كما في سائرِ البَراءات.

وقيل: يجوز؛ لأنّ الكفيلَ إنّما عليه المُطالبة، ولهذا لا يرتدُّ إبراؤه بالرَدِّ، بخلاف سائر الإبراءات، فإنّها تمليكٌ، فلا تصحُّ مع التَّعليق، وبخلاف براءة الأصيل؛ لأنّها تمليكٌ حتى ترتدَّ بالردِّ.

قال: (**وتصحُّ الكفالةُ بالأعيان المَضمونة بنفسِها كالمَقْبوض على سَوْم الشِّراء والمَغْصوب والمَبيع فاسدا**)؛ لأنّه يجبُ تسليمُ عينِه حال بقائه، وقيمتِه حال هلاكه، فكان مقدورَ التَّسليم فيَصِحُّ.

(**ولا تَصِحُّ بالمَضْمونةِ بغيرها كالمَبيع والمَرهون**)؛ لأنّه لو هَلَكَ لا يجب شيءٌ، بل ينفسخُ البيع ويَسْقطُ الدَّين فلهذا لا يَصِحُّ، وقيل: يصحُّ، وهو الأَصحُّ[1]، وتبطل بالهلاكِ للقَدْرة قبل الهلاك والعَجْزِ بعدَه.

قال: (**ولا تصح إلا بقَبول المكفول له في المَجلس**)

وعن أبي يوسف رضي الله عنه روايتان:

في رواية: يتوقَّف على إجازته كسائر تَصرُّفات الفُضولي.

---

(١) لكن عامة الكتب اختارت ما عليه المتن، والله أعلم

وفي رواية: يجوز مُطلقاً؛ لأنّه التزام لا ضَرر فيه على الطَّالب، فيَسْتَبِدُّ الكفيلُ به، وفيه نفعٌ للطَّالب لانضمام ذمّةِ الكفيل إلى ذمّةِ الأَصيل في المُطالبة.

ولهما(١): أنّه تمليكُ المُطالبة، فيُشْتَرطُ فيه القَبول في المَجلس كما في سائر التَّمليكات.

قال: (**إلا إذا قال المريض لوارثه: تكفّل بما عليّ من الدَّين، فتَكَفَّلَ والغَريم غائبٌ فيَصِحُّ**).

ثمّ قيل: هو وَصيّةٌ حتى لا تَصِحّ إذا لم يكن له مال.

وقيل: تصحُّ لحاجتِه إلى إبراءِ ذمّتِهِ، فقام مقامَ الطَّالب، وفيه نفعٌ للطَّالب.

(**ولو قال**) ذلك (**لأَجْنَبيٍّ فيه اختلافُ المشايخ**)(٢).

---

(١) والمختار قولهما عند المحبوبيّ والنسفيّ وغيرهما، كما في اللباب١: ٣١١.

(٢) عن أبي يوسف ﵁: أنه يصح في الأجنبي، فعن أبي قتادة ﵁ أنَّ النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: «صلوا على صاحبكم، فإنَّ عليه ديناً»، فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به، قال النبي ﷺ: «بالوفاء؟» قال: بالوفاء، وكان الذي عليه ثمانية عشر، أو تسعة عشر درهماً، في سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤، وسنن النسائي ٧: ٣١٧.

وعن سلمة بن الأكوع ﵁، قال: كنا جلوسا عند النبي ﷺ، إذ أتي بجنازة، فقالوا: صل عليها، فقال: «هل عليه دين؟»، قالوا: لا، قال: «فهل ترك شيئاً؟»، قالوا: لا، فصلى

قال: (**ولا تصحُّ الكَفالةُ عن المَيْتِ المُفلس**)[١].

وقالا: تَصِحُّ[٢]؛ لأنّه دَيْنٌ ثابتٌ وَجَبَ للطَّالب، ولم يُسْقِطْه، فلا يَسْقُطُ بالموت، ألا تَرىٰ أنّه لو كان له مالٌ أو كان كَفيلاً به لا يَسْقُط؟ وكذا لو تَبرَّع إنسانٌ به صَحَّ، ولو سَقَطَ بالموت لَمَا ثبتت هذه الأحكام.

عليه، ثم أتي بجنازة أخرىٰ، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها، قال: «هل عليه دين؟» قيل: نعم، قال: «فهل ترك شيئاً؟»، قالوا: ثلاثة دنانير، فصلىٰ عليها، ثم أتي بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال: «هل ترك شيئاً؟»، قالوا: لا، قال: «فهل عليه دين؟»، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: «صلوا علىٰ صاحبكم»، قال أبو قتادة ﷺ: صل عليه يا رسول الله، وعلي دينه، فصلىٰ عليه، في صحيح البخاري ٣: ٩٤.

(١) قال في التصحيح ص ٦٣: واعتمد قول الإمام ﷺ المحبوبيُّ والنَّسفيُّ وصدرُ الشريعة وأبو الفضل الموصليّ وغيرُهم، اهـ. قيَّدَ بكونه لم يترك شيئاً؛ لأنَّه لو ترك ما يفي ببعض الدَّين صح بقدره، «ابن ملك»، كما في اللباب ١: ٣١٢.

(٢) فعن جابر ﷺ، قال: توفي رجل فغسلناه، وحنطناه، وكفناه، ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقلنا: تصلي عليه؟ فخطا خطىٰ، ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة ﷺ، فأتيناه، فقال أبو قتادة ﷺ: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: «حق الغريم، وبرئ منهما الميت؟» قال: نعم، فصلىٰ عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» فقال: إنَّما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: لقد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بَرَدَتْ عليه جلده» في مسند أحمد ٢٢: ٤٠٥، واللفظ له، وشرح مشكل الآثار ١٠: ٣٣٤، والمستدرك ٢: ٦٦، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، والسنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٢٢، وسنن الدارقطني ٤: ٥٤، وغيرها.

وله: أنّه يَسْقُطُ بموتِه؛ لأنّه عبارةٌ عن المطالبةِ، وهي فعل، ولهذا تُوصف بالوجوب، إلا أنّه يؤول إلى المال، وقد عَجَزَ بنفسه وخَلَفِهِ، فيَسْقُطُ ضرورةَ فواتِ عاقبةِ الاستيفاء، أمّا إذا كان له مالٌ أو به كفيلٌ، فهو قادرٌ بخَلَفِهِ، ولأنّه يُفضي إلى الأداء، فلا تفوت العاقبة، والتَّبرُّع لا يَعْتَمِدُ بقاءَ الدَّين.

قال: (**ويجوزُ تعليقُ الكَفالة بشرطٍ ملائمٍ كشَرْط وجوبِ الحقّ، وهو قولُه: ما بايعت[١] فلاناً[٢] فعليَّ، أو ما ذاب[٣] لك عليه فعليّ، أو ما غَصَبك فعليّ، أو بشرطِ إمكان الاستيفاء كقولِه: إن قَدِمَ فلانٌ فعليَّ وهو مكفولٌ عنه، أو بشرطِ تعذُّر الاستيفاء كقوله: إن غاب فعليّ**).

والأصل فيه قوله تعالى: {وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيم}[يوسف: ٧٢]، والإجماعُ منعقدٌ على صحّةِ ضمانِ الدَّرَك[٤]، وأنه في معنى ما ذكرنا من الشُّروط.

---

(١) أي: ما بايعت منه، فإنَّه ضامن بثمنه، لا ما اشتريت منه، فإنَّه ضامن للمبيع، فإنَّ الكفالة بالمبيع لا تجوز، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٩.

(٢) قيد: بفلان؛ إشارة إلى أنَّ المكفول عنه يجب أن يكون معلوما؛ لأنَّ جهالته تمنع صحة الكفالة، كما في فتح باب العناية٢: ٤٩٩.

(٣) أي: ما وجب، ففي هذه الصورة ما؛ شرطية، معناه: إن بايعت فلاناً فيكون في معنى التعليق، كما في شرح الوقاية٤: ٨٩.

(٤) ضمان الدّرك: وهو ضمانُ الاستحقاق: أي يضمن للمشتري بردّ الثمن إذا استحق المبيع مستحق، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٩.

(ولا يجوز بمجردِ الشَّرط كقوله: إن هَبَّت الرِّيح أو جاء المَطرُ)؛ لأنّها جهالةٌ فاحشةٌ، **(فلو جعلهما أجلاً بأن قال: كفلتُه إلى مجيء المطرِ أو إلى هُبُوبِ الرِّيحِ لا يصحّ)** الأجل، **(ويجب المال حالاً)**؛ لأنّ الكفالةَ لا تَبْطُلُ بالشُّروط الفاسدةِ كالنِّكاح والطَّلاق.

وشَرْطُ الخِيار في الكفالةِ جائزٌ، وهي أَقبلُ للخِيارِ من البيعِ حتى يُقبل الخيارُ أكثر من ثلاثةِ أيّام؛ لأنّه لمّا صَحّ تعليقُه بالشَّرطِ فلأنّ يَصِحَّ بشرطِ الخِيارِ فيه أولى.

فلو أَقَرَّ بكفالةٍ مؤجّلةٍ لزمته الكَفالة، ولا يُصدَّقُ في الأَجل إلاّ بتصديقِ الطَّالبِ كما في الإقرارِ بالدَّين.

قال: **(فإن قال: تكفَّلت بما لك عليه فقامت البيِّنة بشيءٍ لَزِمَه)**؛ لأنّ الثَّابت بالبيّنة كالمعاين حكماً، **(وإن لم تكن له بَيِّنة، فالقولُ قولُ الكَفيل)**؛ لأنّه يُنكرُ الزّيادة، **(ولا يُسْمَعُ قولُ الأصيل عليه)**؛ لأنّه إقرارٌ على الغَير ويَلزمه في حقِّ نفسِهِ لما عُرفَ.

قال: **(ولا تصحّ الكفالة بالحَمْل على دابّة بعينِها، وتصحُّ بغير عينِها)**؛ لأنّه مقدورٌ له على أيِّ دابّة شاء، بخلاف المُعيَّنة؛ لأنّها لو ماتت عَجَزَ عن ذلك.

وكذا لو تكفّل بخدمةِ جمل بعينِهِ أو بخياطةِ خيَّاط بيدِه؛ لأنّ فعلَه لا يقومُ مقامَ فعل غيره، فإن تَكَفَّل بتسليم الجمل أو الخَيَّاط أو بفعل الخِياطة

جاز؛ لأنّه مقدورٌ له، فإنّ المُسْتَحَقّ مُطلق الخِياطة، فأيُّ خياطةٍ وُجِدَت حَصَل المكفول به.

ولو ضَمِن لامرأةٍ عن زوجِها بنفقةِ كلِّ شهرٍ جاز، وليس له الرُّجوع عن الضَّمان في رأس الشَّهر.

ولو ضَمِنَ أُجرة كلَّ شهر في الإجارة، فله أن يرجع في رأس الشَّهر.

والفَرْقُ أنّ السَّبب في النَّفقة لم يتجدَّد عن رأس الشَّهر، بل تجب في الشُّهور كلِّها بسببٍ واحدٍ، وسبب الأجرة في الإجارة يتجدَّد في كلِّ شهر؛ لتجدُّد العَقْد، فله أن يرجع عن الكفالة المُسْتَقبَلة.

قال: (**اثنان عليهما دَينٌ، وكلُّ واحدٍ منهما كَفيلٌ عن الآخر، فما أدَّاه أحدُهما لم يرجع على صاحبِه حتى يزيدَ على النِّصف، فيرجع بالزِّيادة**)؛ لأنّه أَصيلٌ في النِّصف كفيلٌ في النّصف، والكفالةُ تبعٌ، فتقع عن الأَصيل؛ إذ هو الأَولى والأَهم، ثمّ ما يؤديه بعد ذلك، فهو عن الكفالة؛ لتعيّنها، فيَرْجِعُ به؛ لما مَرّ.

قال: (**فإن تَكَفَّلا عن رجل وكلُّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن الآخر، فما أدَّاه أحدُهما رَجَعَ بنصفِه عن الآخر**)؛ لأنّ ما يلزم كلَّ واحدٍ منهما إنّما لزمه بالكفالة؛ لأنّه كَفِلَ عن شريكِهِ بالجميع وعن الأَصيل بالجميع، فما أدّاه أحدُهما وَقَعَ شائعا عنهما؛ لعدم الأَوْلويّة؛ إذ الكُلُّ كفالةٌ، بخلاف المسألة الأولى، ثمّ يَرْجعان على الأَصيل؛ لأنّهما أدّيا عنه بأَمْره أُحدُهما بنفسِهِ والآخرُ بنائبِهِ.

قال: **(وإن ضَمِنَ عن رجل خَراجَه وقِسْمَتَه ونوائبَه جاز إن كانت النَّوائب بحقٍّ، ككري النَّهر، وأُجرة الحارس، وتجهيز الجيش، وفِداء الأَسارى)**.

أمّا الخَراج؛ فلأنّه دينٌ مطالبٌ به يُمكن استيفاؤه فيَصِحُّ.

وأما ما ذُكِر من النَّوائب فقد صارت كالدَّين.

وأمّا القِسْمَةُ فهي حصّةٌ من النَّوائب التي صارت معلومةً لهم موظفةً عليهم كالدِّيون، وباقي النَّوائب ما ليس بمعلوم.

(وإن لم تكن بحقٍّ كالجبايات قالوا: تصحّ في زماننا)؛ لأنّها صارت كالدُّيون حتىٰ قالوا: لو أُخِذَ من المُزارع جَبْراً له أن يَرْجِعَ علىٰ المالك.

والكفالةُ بالدَّرَك جائزةٌ، وهو التزامُ تسليمُ الثَّمن عند استحقاق المَبيع؛ لأنّ المقصودَ تأكيد أحكام البَيْع وتقريرها.

ولو اسْتُحِقّ المبيعُ لم يُؤخذ الكفيلُ حتىٰ يقضي علىٰ البائع؛ لأنّ البَيعَ لا ينتقض إلا بالقَضاء، فلَعلَّ المُسْتَحِقَّ يجيزُه، فلا يلزم البائع نَقْدَ الثَّمن، فلا يجب علىٰ الكفيل.

ولو قُضِي علىٰ المشتري بالاستحقاق، فهو قَضاءٌ علىٰ البائع؛ لأنّه خَصْمٌ عنه، فيُؤخذُ الكَفيل.

والضَّمانُ بالعُهْدة باطلٌ؛ لأنّ العُهْدةَ تحتمل الدَّرَك وغيرَه، فكان مَجْهولاً.

أَمَّا الدَّرَك فيُسْتَعْمَلُ في ضَمان الاستحقاق.

وعن أبي يوسف ﵁: أنّ العُهْدةَ كالدَّرَك؛ لأنّه تَرَجَّحَ استعمالُها في ضَمان الدَّرَك عادة وعرفاً.

❧❧❧

كتاب الحوالة

وهي مُشْتَقّةٌ من التَّحَوُّل بمعنى الانتقال، يُقال: تَحوَّل من المنزل إذا انتقل عنه، ومنه: تَحويلُ الغِراس[1].

وفي الشَّرع[2]: نَقْلُ الدَّينِ وتحويلُه من ذِمّةِ المُحِيل إلى ذِمّةِ المُحال عليه؛ ولهذا قُلنا: إذا صَحَّت الحَوالةُ برئ المُحيلُ؛ لِتَحَوُّلِهِ إلى ذمّةٍ المُحال عليه؛ لأنّ من المُحالِ بقاءُ الشَّيءِ الواحدِ في محلَّين في زَمانٍ واحدٍ.

---

(١) الحوالة لغة: الزوال والنقل، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محلٍّ إلى محلّ، والحوالةُ مأخوذة من هذا، فأحلتُه بدينِه نقلتُه إلى ذمّةِ غيرِ ذمّتك، كما في المغرب ص١٣٤، والمصباح ص١٥٧.

(٢) اصطلاحاً: نقلُ الدين من ذمّةٍ إلى ذمّة.

وفي عرفِهم يُقال: المديون: محيلاً، والدائن: محتالاً، ومحتالاً له، ومحالاً له، ومَن يقبلُ الحوالة: محتالاً عليه ومحالاً عليه، والمال: محالاً به، كما في عمدة الرعاية ٥: ٣٩٧.

وصورتها: أن يقول رجل للطالب: إنَّ لك على فلان كذا، فاحتله علي، فرضي بذلك الطالب، صحت الحوالة، وبرئ الأصيل، أو كفل رجل عن آخر بغير أمره بشرط براءة الأصيل، أو قبل المكفول ذلك، صحت الكفالة، وتكون هذه الكفالة حوالة، كما أنَّ الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة، كما في شرح الوقاية ٤: ١٠٦.

وهو عقد مشروع، قال ﷺ: «مَن أُحيل علىٰ مَليء فَلْيَتْبَع»(١)، أَمر باتباعه، ولولا الجواز لَمَا أَمر به، حتىٰ إنّ من العلماء مَن قال: بوجوب الاتباع

وركنها: الإيجاب والقبول، الإيجاب من المحيل، والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً، فالإيجاب: أن يقول المحيل للطالب: أحلتك علىٰ فلان هكذا، والقبول من المحال عليه والمحال أنّ يقول كلّ واحد منهما: قبلت أو رضيت، أو نحو ذلك ممّا يدلّ علىٰ القبول والرضا.

وشروط الحوالة:

١ .أن يكون المحيل والمحال والمحال عليه عقلاء.

٢ .أن يكون المحيل والمحال والمحال عليه بالغين، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذها علىٰ إجازة وليه.

٣ .رضا المحيل والمحال والمحال عليه، حتىٰ لو كان مُكرهاً أحدهم علىٰ الحوالة لا تصحّ.

٤ .أن يقبل المُحال والمُحال عليه في مجلس الحوالة، وهو شرطُ الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمّد ﷺ، وعند أبي يوسف ﷺ: شرط النفاذ، حتىٰ أنَّ المحتالَ لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف ﷺ: ينفذ، والصحيح قولهما؛ لأنَّ قبوله من أحد الأركان الثلاثة.

٥ .أن يكون المحال به ديناً، فلا تصحّ الحوالة بالأعيان القائمة.

٦ .أن يكون المحال به لازماً، فلا تصحّ الحوالة بدين غير لازم: كبدل الكتابة، كما في البدائع١٦ : ١٦.

(١) فعن أبي هريرة ﷺ، قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، ومن أحيل علىٰ مليء فليحتل» في مسند أحمد ١٦ : ٤٧، واللفظ له، وصحيح ابن حبان ١١ : ٤٣٥، وفي

نظراً إلى ظاهر الحَديث، ونحن نقولُ: المرادُ منه الإباحة؛ لأنَّ تَحوُّلَ حَقِّه إلى ذمّةٍ أُخرىٰ من غير اختياره ضَرَرٌ به، وإنّما خَصَّه ﷺ بالمليء حُكماً للغالب؛ لأنّ الغالبَ في الحوالات ذلك؛ لأنّه شُرطُ الجواز.

ثمّ عند أبي يوسف رضي الله عنه: الحَوالةُ تُوجب بَراءةَ المُحيل من الدَّين، والمُطالبةُ براءةٌ مؤقَّتةٌ إلى أن يَتوَىٰ[1] ما على المُحال عليه، حتى لو أبرأ المُحال المُحيل صَحّ، ولو أَحال الرّاهنُ المرتهنَ بدينه استردّ الرهن.

وعند مُحَمَّد رضي الله عنه: تُوجبُ البَراءة من المطالبةِ دون الدَّين، فلا يصحّ الإبراء، ولا يَسْتَرَدَّ الرَّاهنُ الرَّهن.

لُمحمَّد رضي الله عنه: أنّ نَقْلَ الدَّين غير ممكن؛ لأنّه تمليكُ المال، وذلك لا يَقْبَلُ النَّقْل، ومُوجَبُهُ المُطالبة: وهي تَقْبَلُ النَّقْلَ، ولهذا لو أَدَّىٰ المُحيل الدَّين أُجْبر المُحال على قَبوله.

ولأبي يوسف رضي الله عنه: أنّ الحَوالةَ أُضيفت إلى الدّين، ولو أُضيفت إلى المُطالبة لا تكون حَوالة، فوَجَبَ القَول بتحويل الدَّين لحقيقةِ الإضافة، وإنّما صَحَّ الأداءُ من المُحيل؛ لأنّه ثبت له بالحوالة براءةٌ مؤقتةٌ، وبالأداءِ تَثْبُتُ له بَراءةٌ مُؤبّدةٌ، وأنّه زيادةُ فائدةٍ.

صحيح البخاري ٣: ٩٤ بلفظ: «مَطْلُ الغني ظلم، وإذا أُتْبِعَ أحدُكم على مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»، وصحيح مسلم ٣: ١١٩٧.

(١) تَوَىٰ المال إذا هلك وذهب، كما في المغرب ص٦٣.

قال: (**وهي جائزةٌ بالدِّيون دون الأَعيان**)؛ لما مَرّ: أَنّها تُبْنَىٰ علىٰ التَّحَوُّل، وإنّما تتحوَّل الدُّيون دون الأَعيان.

قال: (**وتَصِحُّ برضا المُحيلِ والمُحْتالِ والمُحالِ عليه**).

أمّا المُحيل؛ فلأنّه الأَصلُ في الحوالة، ومنه تُوجد، وذَكَرَ في «الزِّيادات»[1]: أنّ رضا المُحيل ليس بشرط؛ لأنّ المُحالَ عليه يتصرَّفُ في نفسِهِ

---

(١) في الهداية٧: ٢٤٠: «الحوالة تصحّ بدون رضاه، ذكره في الزيادات؛ لأنَّ التزامَ الدين من المحتال عليه تصرُّف في حقّ نفسه، وهو لا يتضرَّر به، بل فيه نفعه؛ لأنَّه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره»، وفي الدر المختار ورد المحتار٥: ٢٤١: لا يشترط على المختار، «شرنبلالية» عن «المواهب»، بل قال ابن الكمال: إنَّما شَرَطَهُ القدوري للرجوع عليه، فلا اختلاف في الرواية: أي رجوع المحال عليه على المحيل، أو ليسقط الدين الذي للمحيل على المحال عليه، كما في الزيلعي، أما بدون الرضا فلا رجوع ولا سقوط، وهو محمل رواية الزيادات، لكن استظهر الأكمل أنَّ ابتداءها إن مِن المحيل شرط ضرورة، وإلا لا؛ لأنَّها إحالة، وهي فعل اختياري، ولا يتصور بدون الإرادة والرضا، وهو محمل رواية القدوري وقوله: إلا لا؛ أي: وإن لم يكن ابتداؤها من المحيل، بل من المحال عليه، تكون احتيالاً يتمّ بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه، وهو وجه رواية الزيادات، عناية، لكن لا يخفى أنَّه على الثاني لا يثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى، ولو كان عليه للمحيل دين لا يسقط إلا برضا المحيل، فرجع إلى التوفيق الأول.

بالتزام الدَّين، ولا ضررَ على الُمحيل، بل فيه نفعُهُ؛ لأنّه لا يَرْجِعُ عليه إلا برضاه.

وأمّا الُمحتالُ والمحالُ عليه، فلتفاوتِ النّاس في القَضاءِ والاقتضاء، فلعلَّ المحالَ عليه أَعْسَرَ وأَفْلَسَ، والُمحتال أشدُّ اقتضاءً ومُطالبةً، فيُشْترطُ رضاهما دَفْعاً للضَّرر عنهما.

قال: (**وإذا تمَّت الحَوالة برئ الُمحيل**)(١)؛ لما مَرَّ.

وقال زُفر ﷺ: لا يَبْرأ؛ لأنّها للاستيثاق، فبَقِي الدَّين على الُمحيل كالكفالة.

وجوابُه: ما مَرَّ أنّها من التَّحويل، ولا بَقاء مع التَّحويل على ما بيّنّا، فيَبْرأُ الُمحيل.

---

(١) حكم الحوالة:

١. براءةُ المحيل.

٢. ثبوتُ ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمّته أو في ذمّة المحيل.

٣. ثبوتُ حَقّ الُملازمة للمُحال عليه على الُمحيل إذا لازمه الُمحال، فكلّما لازمه الُمحال، فله أن يُلازم الُمحيل؛ ليتخلَّص عن ملازمةِ الُمحال، وإذا حَبَسَه له أن يحبسَه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل، ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل، كما في البدائع١٦: ١٦ـ١٧.

(حتى لو مات لا يأخذُ المُحتال من تركتِه، لكن يأخذُ كَفيلاً من الورثةِ، أو من الغُرماء مخافةَ التَّوَى.

ولا يرجع عليه المُحتال إلا أن يموتَ المُحال عليه مُفْلِساً أو يَجْحَدَ[1]، ولا بَيِّنَةَ عليه)[2]؛ لأنّه عَجَزَ عن الوصول إلى حقِّه، والمقصودُ من الحوالة

---

(١) أي: يرجع المحتال على المحيل في حالتين عند أبي حنيفة وثلاث حالات عند الصاحبين، وهي:

١ .موت المحتال عليه مفلساً، بأن لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً، والمراد بالعين: ما يفي بالمحال به، وكذا يقال في الدَّين.

٢ .أن يجحد المحال عليه الحوالة، ويحلف ولا بينة للمحيل ولا المحتال على المحتال عليه.

٣ .أن يفلسه القاضي، أي: يحكم بإفلاسه في حياته، كما في كمال الدراية ق٥٠٥، والمبسوط٢٠: ٤٩، والفتاوى العالمكيرية٣: ٢٩٧، والمنح ق٢: ٩١/ب، والفتح٦: ٣٥١.

(٢) يخرج المحال عليه من الحوالة بما يلي:

١ . فسخ الحوالة؛ لأنَّ فيها معنى مُعاوضة المال بالمال، فكانت محتملةً للفَسخ، ومتى فَسَخَ تعود المُطالبة إلى المحيل.

٢ .التوى؛ فإذا توي لم تبق وسيلة إلى الإحياء، فعادت إلى محلها الأصلي.

٣ .أداء المحال عليه المال إلى المحال، فإذا أدّى المال خرج عن الحوالة.

٤ .أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله.

٥ .أن يتصدّق المحال بالمال على المحال عليه ويقبله.

سلامةُ حَقِّه، فكانت مُقَيَّدةً بالسَّلامة، فإذا فاتت السَّلامة انفسخت كالعَيْب في المُبيع.

وعندهما: يَرْجِعُ بوجهٍ آخر أيضاً، وهو أن يحكمَ الحاكمُ بإفلاسِهِ في حَياتِهِ، بناءً على أنّ الإفلاسَ يتحقَّقُ عندهما بقضاءِ القاضي، وعنده لا.

قال: (**فإن طالبَ المُحتالُ عليه المحيلَ فقال: إنّما أَحلتُ بدينٍ لي عليك لم يُقْبَلْ**)، وعليه مثلُ ما أَحال لتحقُّق السَّبب، وهو قَضاءُ دينِه بأَمْره، لكنَّ المُحيلَ يدَّعي عليه ديناً، وهو يُنكر، والقَوْلُ قَولُ المُنْكر، والحَوالةُ ليست إقراراً بالدَّين، فإنّها تكون بدونِهِ.

(**وإن طالب المحيلُ المحتالَ بما أحاله به فقال: إنّما أَحْلتني بدين لي عليك لم يُقْبَل**)؛ لأنَّ المُحتالَ يَدَّعي عليه الدَّينَ، وهو يُنكر، وفي الحَوالةِ معنى الوَكالة، فيكون القَولُ قولَه.

---

٦. أن يموت المحال، فيرثه المحال عليه.
٧. أن يبرء المحال المحال عليه من المال.
وشرائط الرجوع عن الحوالة:
١. أن تكون الحَوالةُ بأَمر المُحيل، فإن كانت بغير أمره لا يرجع.
٢. أداء مال الحوالة، أو ما هو في معنى الأداء: كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه.
٣. أن لا يكون للمُحيل على المُحال عليه دينٌ مثلُه، فإن كان لا يرجع، كما في البدائع١٦: ١٨-١٩.

كتاب الشَّركة

الشِّرك: النَّصيب، قال ﷺ: «مَن أعتق شركاً له في عبد»[1]: أي نصيباً، قال النابغةُ الجَعديُّ:

وشارَكْنا قُرَيشاً في تُقاها وفي أَحسابها شِرْكَ العِنان[2]

أي: أخذنا نصيباً من التُّقى والحَسب مثل نصيب قُريش منهما: كشَركة العِنان لكلِّ واحدٍ نَصيبٌ من المال والكَسْب.

وسُمِي الشَّريكان؛ لأنَّ لكلَّ واحدٍ منهما شِركاً في المال: أي نَصيباً.

وهي في الشَّرع[3]: الخِلطةُ وثبوتُ الحِصّة.

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: «مَن أعتق شركاً له في عبد» في صحيح البخاري٣: ١٤٤.

(٢) ينظر: أنساب الأشراف٥: ٣، وتاريخ الطبري١١: ٦٥٥، والمفصل في تاريخ العرب١٤: ٩٧.

(٣) الشركة عبارة عن خلط النصيبين بحيث لا يتميّز أحدهما عن الآخر، كما في التبيين ٣: ٣١٢.

وهي مشروعةٌ بالنُّصوص، قال ﷺ: «يد الله على الشَّريكين ما لم يَخُن أحدُهما صاحبه، فإذا خان أحدُهما صاحبَه رفعَها عنهما»[١]، وقال ﷺ: «الشَّريكان الله ثالثهما ما لم يَخُونا، فإذا خانا مُحِيَت البَرَكُة بينهما»[٢]، و«كان قَيْسُ بنُ السَّائب شَريكَ رسول الله ﷺ في تجارة البَز والأدم»[٣]، وذكر الكَرْخيُّ أسامةُ بنُ شريك، وقال ﷺ في صفتِه: «كان شريكي، وكان خير

وشروطها العامة:

١.أهلية الوكالة؛ لأنَّ الوكالة لازمة في الكلّ، وهي أن يصير كلّ واحد منهما وكيل صاحبه في التصرّف بالشراء والبيع، وَتَقَبُّل الأعمال.

٢.أن يكون الرِّبحُ معلومَ القدر، فإن كان مجهولاً تفسد الشركة؛ لأنَّ الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد.

٣.أن يكون الرِّبح جُزءاً شائعاً في الجملة لا مُعيَّناً، فإن عيَّنا عشرةَ أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة؛ لأنَّ العقدَ يقتضي تحقّق الشَّركة في الرِّبح، والتَّعيينُ يقطع الشَّرك، كما في البدائع١: ٥٩.

(١) فعن أبي حيان التميمي عن أبيه ﷺ في سنن الدارقطني٣: ٤٤٢.

(٢) فعن أبي هريرة ﷺ، قال: «إن الله يقول: أنا ثالث الشَّريكين ما لم يخن أحدُهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما» في سنن أبي داود٣: ٢٥٦، والمستدرك٢: ٦٠، وصححه.

(٣) فعن السَّائب ﷺ، قال: جاء عثمان بن عفان ﷺ وزهير بن أمية، فاستأذنا على النَّبيِّ ﷺ، فأثنيا عليّ عنده، فقال رسول الله ﷺ: «أنا أعلم به منكما، كان شريكي في الجاهلية» في المعجم الكبير٥: ٢٧٣

شَريك لا يُشاري ولا يُماري ولا يُداري»[١]: أي لا يُلِحُّ ولا يُجادلُ ولا يُدافعُ عن الحقّ.

وبُعِث رسولُ الله ﷺ والنَّاسُ يَتَعاملونَها فلم ينكر عليهم، وَتعاملوا بها إلى يَومنا هذا من غير نَكير، فكان إجماعاً.

قال: (**الشَّركةُ نوعان: شركةُ ملكٍ، وشركةُ عقدٍ.**

فشركةُ الملك نوعان: جَبْرية، واختيارية.

وشركةُ العَقودِ[٢] نوعان: شركةٌ في المال، وشركةٌ في الأعمال.

فالشَّركُة في الأَموال أنواع: مفاوضةٌ، وعنانٌ، ووجوه، وشركة في العروض.

والشَّركةُ في الأعمال نوعان: جائزةٌ، وهي شركةُ الصَّنائع[١]، وفاسدةٌ[٢]، وهي الشَّركة في المُباحات)، وسيأتيك بيانُ ذلك إن شاء الله تعالى.

---

(١) فعن السائب رضي الله عنه، قال ﷺ: «كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك، لا تداريني، ولا تماريني» في سنن ابن ماجة٢: ٧٦٨، والمعجم الأوسط٢: ١٤٤.

(٢) الشركة على ثلاثة أوجه: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه، وكلّ واحد منها على وجهين: مفاوضة وعنان، كذا في الخجندي، كما في الجوهرة النيرة١: ٢٨٥، وفي البدائع١: ٥٧: «ويدخل في كلّ واحد من الأنواع الثلاثة: العنان والمفاوضة، ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة».

أمّا شَركةُ الأملاك:

١. إمّا الجَبْرية: بأن يختلِطَ مالان لرجلين اختلاطاً لا يُمكن التَّمييز بينهما أو يَرثان مالاً.

٢. والاختيارية: أن يشتريا عيناً، أو يتهبا، أو يوصىٰ لهما فيَقبلان، أو يَستَوليا
علىٰ مالٍ أو يَخلطا ماليهما.

وفي جميع ذلك كلُّ واحدٍ منهما أَجنبيٌّ في نصيبِ الآخر، لا يَتَصَرَّفُ فيه إلا بإذنه؛ لعدم إذنِهِ له فيه.

ويجوز بيعُ نَصيبه من شريكِهِ في جميعِ الوجوه.

وأمّا من غيرِه فما ثَبَتت الشَّركةُ فيه بالخَلْطِ أو الاختلاط لا يجوز إلا بإذن شريكه؛ لأنّ الخلط استهلاك معنىً، فأورث شبهةَ زَوال ملكِ نصيبِ

---

(١) فهو أن يشتركا علىٰ عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما، فيقولا: اشتركنا علىٰ أن نعمل فيه علىٰ أنَّ ما رزق الله ﷻ من أجرة فهي بيننا علىٰ شرط كذا، كما في البدائع ٦: ٥٧.

(٢) وهي أن يشتركا وليس لهما مال، لكن لهما وجاهة عند النّاس، فيقولا: اشتركنا علىٰ أن نشتري بالنسيئة، ونبيع بالنقد، علىٰ أنَّ ما رَزَق الله ﷻ من ربح، فهو بيننا علىٰ شرط كذا، وسمي هذا النوع شركة الوجوه؛ لأنَّه لا يُباع بالنسيئة إلا الوجيه من الناس عادة، سمي بذلك؛ لأنَّ كلّ واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعها بالنسيئة، كما في البدائع ١: ٥٧.

كلِّ واحدٍ منهما إلى صاحبه، وفيما يَثْبُتُ بالميراث والبَيْع والهِبةِ والوَصيّةِ يجوز بيعُ أحدِهما نصيبَه من أَجْنبيٍّ بغيرِ إذنِ صاحبِه؛ لأنّ ملكَ كلِّ واحدٍ منهما قائمٌ في نصيبه من كلِّ وجهٍ.

وأمّا شركةُ العُقود فرُكنُها الإيجابُ والقَبول، وهو أن يقول: شاركتُك في كذا وكذا، فيقول الآخر: قَبِلْتُ.

وشرطُها: أن يكون التَّصرُّفُ المعقود عليه قابلاً للوكالة، حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه؛ ليكون الحاصلُ بالتَّصرُّفِ مُشتركاً بينهما؛ إذ هو المَطلوبُ من عقد الشركة.

(أمّا المُفاوضةُ: فهو أن يَتَساويا في التَّصرُّف والدَّين والمال الذي تَصِحُّ فيه الشَّركة)(١)؛ لأنّها في اللُّغة تَقْتَضي المُساواة، يُقال: فاوَض يُفاوض: أي ساوى يُساوي، فلا بُدَّ من تحقُّق المُساواة ابتداءً وانتهاءً، وذلك فيما ذَكَرناه.

---

(١) شروط شركة المفاوضة:
١. أن يكون رأسُ المال من الأَثْمانِ المطلقة، وهي الدراهم والدنانير.
٢. أن يكون رأسُ مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً، ولا مالاً غائباً، فإن كان لا تجوز عناناً كانت أو مفاوضة؛ لأنَّ المقصودَ من الشركة الربح، وذلك بواسطة التصرّف، ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب، فلا يحصل المقصود، كما في البدائع٦: ٦٠.
٣. أن يكونا حرّين عاقلين.
٤. المساواة في رأس المال قدراً، وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف.
٥. أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصحّ فيه الشركة؛ لأنَّ ذلك يمنع المساواة.

أمّا المالُ؛ فلأنّه الأصلُ في الشَّركة، ومنه يكون الرِّبحُ.

وأَمَّا التَّصرُّف؛ فلأنّه متى تَصرَّفَ أحدُهما تَصرُّفاً لا يَقْدِر الآخرُ عليه فاتَتِ المُساواةُ.

وكذا في الدِّين؛ لأنَّ الذِّميَّ يَمْلِكُ من التَّصرُّفِ في بيعِ الخَمْرِ والخِنْزير وشرائهما ما لا يَمْلكُه المسلمُ، فلا مُساواة بينهما، فلهذا قُلنا: لا يصحُّ بينهما مُفاوضةٌ.

وقال أبو يوسف ﷺ: تَنْعَقِدُ المُفاوضةُ بينهما؛ لأنَّ ما يَمْلِكُه الذِّميُّ من بيعِ الخمرِ والخنزيرِ يملكُه المسلم بالتَّوكيل، فتحقَّقت المُساواةُ.

قُلنا: الذِّميُّ يَملك ذلك بنفسِهِ وبنائبِهِ، ولا كذلك المُسلمُ فانتفت المُساواة.

فإذا عَقدا المُفاوضةَ صارت عِناناً عندهما؛ لفواتِ شَرطِ المُفاوضةِ ووجودِ شَرْطِ العِنان.

وكذلك كلُّما فاتَ شَرْطٌ من شرائطِ المُفاوضةِ يُجعلُ عِناناً إذا أَمْكَنَ تَصحيحاً لتصرُّفهما بقدر الإمكان.

---

٦. المُساواةُ في الرِّبح، فإن شَرَطا التَّفاضل في الرِّبح لم تكن مفاوضة؛ لعدم المساواة.
٧. العُموم في المُفاوضة، وهو أن يكون في جميع التِّجارات، ولا يختص أحدهما بتجارةٍ دون شريكه؛ لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة،... كما في البدائع ١: ٦١.

قال: (**ولا تصحُّ إلا بين البالغين العاقِلين المُسلمين أو الذِّمْيَيَن**) وإن كان أحدُهما كتابياً والآخرُ مَجوسيّاً؛ لِتَساويهما في التَّصرُّفِ، ولا بين الصَّبيِّ والبالغِ؛ للتَّفاوتِ بينهما، فإنَّ البالغَ يَملك الكَفالة والتَّبرُّعات، ولا كذلك الصَّبيُّ، أو يملكاها بإذن الوَليِّ.

ولا تَصِحُّ بين الصَّبيين؛ لأنَّهما ليسا من أهل الكَفالة، وأنّها تنعقدُ على الكَفالة على ما نُبَيِّنه إن شاء الله تعالى.

والأصلُ في جَوازها قوله ﷺ: «فاوضوا، فإنّه أَعظمُ للبَركة»[1]؛ ولأنّها تشتملُ على الوَكالةِ والكَفالةِ والشَّركةِ في الرِّبح، وكلُّ واحدٍ منها جائزٌ عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع.

قال: (**ولا تَنْعَقِدُ إلا بلفظِ المُفاوضة**)؛ لأنّ العَوامَّ قَلَّما يَعْلَمون شَرائطها، وهذه اللَّفظةُ تتضمَّن شرائطَها ومعناها، (**أو بتَبْيين جميع مُقتضاها**)؛ لأنّ العِبْرةَ للمَعاني.

قال: (**ولا يُشْتَرطُ تَسليمُ المال**)؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا يَتَعيَّنان في العُقُود.

---

(١) فعن صهيب رضي الله عنه، قال ﷺ: «ثلاث فيهنّ البركة، البيع إلى أجل، والمقارضة، وأخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع» في سنن ابن ماجة٢: ٧٦٨، و يوجد في بعض نسخ ابن ماجة المفاوضة بدل المقارضة، كما في الدراية٢: ١٤٤، وضعفه ابن حجر في بلوغ المرام ص٢٦٩.

قال: (**ولا خَلْطُهما**)(١)؛ لأنّ المقصودَ الخَلْطُ في المشترى، وكلُّ واحدٍ منهما يشتري بما في يدِه بخلافِ المُضاربةِ؛ لأنّه لا بُدّ من التَّسليم؛ ليتمكن من الشِّراءِ.

ويُشتَرطُ حُضورُه عند العَقد أو عند المُشترى؛ لأنَّ الشَّركةَ تتمُّ بالشِّراء؛ لأنَّ الرِّبح به يحصل.

قال: (**وتَنْعَقِدُ على الوَكالةِ والكَفالةِ**)؛ لأنَّ المُساواةَ بذلك تتحقَّق، وهو أن يكون كلُّ واحدٍ منهما مُطالَباً بما طُولِب به صاحبُه بالتِّجارة، وهو الكفالةُ، وأن يكون الحاصلُ في التِّجارةِ بفعل أيِّهما كان مُشتركاً بينهما، وهي الوَكالة، فكان معنى المُفاوضة وهو المُساواة يَقْتَضي الكَفالة والوَكالة، فكأنَّ كلَّ واحدٍ منهما فوَّضَ إلى الآخر أَمر الشَّركةِ على الإطلاق ورَضِي بفعلِه، وذلك يَقْتَضي الوَكالةَ والكَفالة أيضاً.

قال: (**فما يَشتريه كلُّ واحدٍ منهما على الشَّركة**) عَمَلاً بعقد المُفاوضة، (**إلاّ طَعام أهله وإدامِهم وكِسوتِهم وكِسوتِه**)، والقياسُ أن يكون على الشَّركةِ

---

(١) لأنَّ الشركةَ مستندةٌ إلى العقد دون المال؛ لأنَّ العقدَ يُسمّى شركة، ولا بُدّ من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً، ولأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لا يتعيّنان، فلا يستفاد الربح برأس المال، وإنَّما يستفاد بالتصرّف؛ لأنَّه في النصف أصيل، وفي النصف وكيل، وإذا تحقَّقت الشركة في التصرّف بدون الخلط تحقَّقت في المستفاد به، وهو الربح بدونه، كما في البحر ٥: ١٨٩.

بمُقْتَضىٰ العَقد، إلا أنّا استحسنا ذلك للضَّرورة، فإنَّ الطَّعام والكُسوة من اللَّوازم، ولا يُمكن إيجادُها من مال غيرِه، فيَجب في مالِهِ ضَرورةً.

قال: (**وللبائع مُطالبةُ أيّهما شاء بالثَّمن**) بمُقتضىٰ الكَفالة، ثمَّ يَرْجِعُ الكَفيل علىٰ المُشتري بنصفِ ما أَدَّىٰ؛ لأنّه كَفيلٌ أدَّىٰ عنه بأَمره.

قال: (**وإن تكفَّلَ بمالٍ عن أَجنبيٍّ لزم صاحبَه**)، وقالا: لا يَلْزَمُه؛ لأنّه تَبَرُّعٌ حتىٰ لا يصحَّ من الصَّبيِّ والمأذونِ، وصار كالإقراض.

وله: أنّه تَبرُّعٌ ابتداءً لما ذُكِر مُعاوضةٌ انتهاءً؛ لأنَّه يجب له الضَّمان علىٰ المكفول عنه، حتىٰ لو كَفِلَ عنه بغير أَمره لا يلزم شريكه، وبالنَّظر إلىٰ المُعاوضةِ يلزمُ شَريكه.

والإقراضُ ممنوعٌ، أو يقول: هو إعارةٌ؛ ولهذا لا يَصِحُّ فيه التَّأجيل، وللمردودِ في الإعارةِ حكمِ العين لا حكم البدل، فلم توجد المعاوضة.

وضمانُ الغَصبِ والاستهلاكِ كالكَفالة؛ لأنّه مُعاوضةٌ انتهاءً.

وكذا ما يَلزمُ أحدُهما من الدُّيون بسببٍ تَصِحُّ فيه الشَّركةُ: كالبَيْعِ والإجارةِ ونحوِهما يَلْزَمُ شريكَه، وما لَزِمَ بسببٍ لا تَصِحُّ فيه الشَّركةُ لا يَلْزَمُ كالنِّكاحِ وبَدَلِ الخُلْعِ والصُّلْح عن دمِ العَمْدِ ونحوه.

قال: **(فإن مَلَكَ أحدُهما ما تَصِحُّ فيه الشَّركة صارت عِناناً)**(١)؛ لِزَوال المُساواة، وذلك مثل الإِرْثِ والوَصِيةِ والاتهابِ.

والمُساواةُ في العِنان ليست بِشَرْطٍ فتَصِير عِناناً؛ لوجودِ شَرائطها.

(وكذا في كلِّ مَوْضعٍ فَسَدَت فيه المُفاوضة؛ لفوات شرطٍ لا يُشْترطُ في العِنان)، فتصيرُ عِناناً، وإن مَلَكَ شيئاً لا تصحُّ فيه الشَّركةُ كالعَقارِ والعُروض، فالمفاوضةُ بحالها؛ لأنَّ ذلك لا يُبطلُها في الابتداءِ، فكذا حالة البَقاء.

قال: **(ولا تنعقدُ المُفاوضةُ والعِنان إلا بالدَّراهم والدَّنانير وتِبْرَيْهما إن جَرَى التَّعامل به، وبالفُلُوس الرَّائجة)**(٢).

---

(١) أي بطلت المفاوضة إذا ورث أحدهما أو وُهِبَ له ما تصح فيه الشركة ووصل إلى يده، وهو النقدان؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال، إذ المساواة فيها شرط ابتداءً وبقاءً، وقد فات؛ إذ لا يشاركه الآخر فيه؛ لانعدام السبب في حقه، وتنقلب عناناً للإمكان؛ إذ لا يشترط فيه المساواة، كما في التبيين٣: ٣١٦.

(٢) فإن كانت الفلوس كاسدة فلا تجوز الشركة؛ لأنَّها عروض، وإن كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما، وعند محمد رضي الله عنه تجوز، والكلام فيها مبني على أصل: وهو أنَّ الفلوس الرائجة ليست أثماناً على كلِّ حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما؛ لأنَّها تتعين بالتعيين في الجملة، وتصير مبيعاً بإصطلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانها عندهما، فأما إذا لم تكن أثماناً مطلقة؛ لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة

أمَّا الدَّراهم والدَّنانير؛ فلأنَّها ثمنُ الأشياءِ خِلْقَةً وَوَضْعاً، ولا خِلافَ في ذلك.

وأمَّا التِّبْرُ، فقيل: يَجوز مُطلقاً؛ لأنَّ الذَّهبَ والفِضّةَ خُلِقا ثَمْنَين.

وقيل: لا يجوز إلا بالتَّعامل، وهو الأَصحُّ[1]؛ لأنّهما وإن خُلقا للثَّمنيّة لكن بوصف الضَّربِ حتى لا ينصرف الاسم عند الإطلاقِ إلى التِّبْر، وإنّما ينصرُف إلى المَضْروب، إلا أنا أَجرينا التَّعامل مجْرَىٰ الضَّرب عَمَلاً بالعُرْف، فألحقناه بهما عند التَّعامل.

وإن كان لأحدِهما دَراهم وللآخر دَنانير، أو لأحدِهما سُودٌ وللآخرِ بِيضٌ جازت المُفاوضة إن استوت قيمتُهما؛ لأنّه جِنْسٌ واحدٌ من حيث الثَّمنية، وإن تفاضلا في القِيمةِ لا تصحُّ المُفاوضةِ وتصير عِناناً؛ لما تَقَدَّمَ.

ورَوَىٰ الحَسَنُ عن أبي حنيفة ﵁: أنَّه لا يجوز وإن استويا في القِيمة، وهو قَول زُفر ﵁؛ لأنّ الشَّركة تُنْبئ عن الخِلطة، ولا اختلاطَ مع اختلافِ الجِنْس.

كسائر العروض، وعند محمد ﵁: الثمنية لازمة للفلوس النافقة، فكانت من الأثمان المطلقة؛ ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين، فتصلح رأس مال الشركة كسائر الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير، كما في البدائع٦: ٥٩.

(١) اختاره عامة الكتب كالقدوري والهداية٣: ٨، ودرر الحكام٢: ٢٠٠، وغيرها.

وجوابُه: أَنّهما جِنْسٌ واحدٌ من حيث الثَّمنيّة نَظَراً إلىٰ المَقْصودِ علىٰ ما بيَّنَّا.

وأمَّا الفُلُوسُ[١]؛ فلأنّها إذا راجَتْ التحقَتْ بالأثمان.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما: أنّه لا يجوز؛ لأنّ ثمنيَّتَها تَتَعَيَّنُ بالاصطلاح.

ومُحمَّد رضي الله عنه: مَرَّ علىٰ أَصلِهِ في ثمنيَّتِها حتىٰ لا تتعيَّن بالتَّعيين حالةَ النَّفاق والرَّواج.

قال: (**ولا تصحُّ بالعُرُوض**)[٢]؛ لأنَّه يُؤدِّي إلىٰ رِبحِ ما لم يَضْمَن؛ لأنَّه لا بُدَّ من بيعِها، فإذا باع أحدُهما عروضَه بألفٍ وباع الآخرُ عروضَه بألفٍ

---

(١) قال في التصحيح: «لم يذكر القدوري في هذا اختلافاً، وكذلك الحاكم في الكافي، فقال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس، وذكر الكرخي أنَّ الجواز علىٰ قولهما، وقال في الينابيع: وأما بالفلوس إن كانت نافقة فكذلك عند محمد رضي الله عنه، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا تصحّ الشركة بالفلوس وهو المشهور، وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما: أنَّ الشركة بالفلوس جائزة، فأبو يوسف مع أبي حنيفة رضي الله عنه في بعض النسخ، وفي بعض النسخ مع محمد رضي الله عنه، وقال الإسبيجابي في مبسوطه: الصحيح أنَّ عقد الشركة يجوز علىٰ قول الكلّ، لأنَّها صارت ثمناً باصطلاح الناس، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ وأبو الفضل الموصليّ وصدر الشريعة».

(٢) لأنَّ الشركةَ في العروض تؤدّي إلىٰ جهالة الربح عند القسمة؛ لأنَّ رأسَ المال يكون قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة؛ لأنَّها تعرف بالحزر والظن، فيصير الربح

وخمسمئةٍ، ومُقتضى العقد الشَّركة في الكَيل، فما يأخذه صاحبُ الأَلف زيادةً على الأَلفِ ربحُ ما لم يَضْمَنْ، وقد «نهى رسول الله ﷺ عن رِبْح ما لم يَضْمَنْ»(١).

قال: (**إلا أن يبيعَ أحدُهما نصفَ عُرُوضِه بنصفِ عُروض الآخر إذا كانت قِيمتاهما على السَّواء**)، فتَنْعَقِدُ شركةُ أَملاك، (**ثمّ يعقدان الشَّركة**) على قيمتِها، وهذه شركةُ العُروض.

وإن اشتركا على أن يبيعَ كلُّ واحدٍ منهما عُروضَه ويكون ثمنُه بينهما لا يجوز؛ لما تَقَدَّمَ.

وتَصِحُّ الشَّركةُ بالمَكيلِ والمَوزونِ والمَعدودِ المُتقارب إذا خُلِطا واتحدَّ الجِنْس، وما رَبحا لهما، والوَضيعة عليهما.

وذكر الكَرّخيُّ ﷺ أنَّ عند أبي يوسف ﷺ: هي شركةُ أملاك؛ لأنّها ليست بأثمان فلا يصحُّ التَّفاضُلُ في الرِّبح.

مجهولاً؛ فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة، وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير؛ لأنَّ رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها، فلا يؤدي إلى جهالة الربح، كما في البدائع٦: ٥٩.

(١) فعن ابن عمرو ﷺ، قال ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك» في سنن الترمذي٣: ٥٢٧، وقال: حسن صحيح، وسنن النسائي الكبرى٥: ٥٣، وصحيح ابن حبان١٠: ١٦١.

وعند مُحمَّد ﷺ: تصحُّ شركةُ عقدٍ بالخَلْطِ؛ لأنّها تصلحُ ثمناً لوجوبها ديناً في الذِّمَّة، إلاَّ أنَّ قبل الخَلْطِ لا تتحقَّق الوَكالة، فإنَّه لو قال له: اشتر بحِنْطتِك شيئاً على أن يكون بيننا لا يصحّ؛ لأنَّ توكيلَ الغير ببيع ملكِ نفسه لا يجوز، وبعد الخلطِ تتحقُّق الوكالةُ، فصحَّت الشَّركة.

قال: (وشركةُ[1] العِنان تَصِحُّ مع التَّفاضُل في المال)، إلا أنَّها لا تَقْتَضي المَساواة، فيجوز أن يَشْتَرِكا في عُمُومِ التِّجاراتِ وفي خُصُوصِها وببعض مالِهِ؛ لأنّها تُنْبِئ عن الحَبْس، يُقال: عَنَّ الرَّجل إذا حُبِسَ ، والعِنِّينُ مَحْبوسُ عن النِّساء، والعِنانُ يَحْبِسُ الدّابّةَ عن بَعضِ الإطلاق، فكأنَّ شَريكَ العِنانِ حَبَسَ بعضَ مالِه عن الشَّركة، أو حَبَسَ شريكَه عن بعض التِّجاراتِ في مالِهِ.

وتُعْتَبَرُ قيمةُ رأسِ المالين المُختلفين يوم الشَّركة؛ لأنَّه إنّما يَستَحِقُّ زيادةَ الرِّبحِ بالشَّرطِ يومَ الشَّركةِ، ويُعْتَبرُ قيمتُهما يومَ الشِّراءِ؛ لِيُعَرفَ مِقْدارَ مِلكهما

---

(١) الأصل: أنَّ الربحَ إنَّما يستحقُّ عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان، أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأنَّ الرّبحَ نماءُ رأس المال فيكون لمالكه، ولهذا استحقّ رَبُّ المال الربح في المضاربة، وأمّا بالعمل، فإنَّ المضاربَ يستحقُّ الرِّبحَ بعملِه فكذا الشَّريك، وأما بالضمان، فإنَّ المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحقّ جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان، فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له، والدليل عليه أنَّ صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أنَّ كلَّ واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، كما في البدائع ٦: ٦٢.

في المُشترى؛ لأنَّ حَقَّهما ينتقل إلى المُشتري بالشِّراء، ويُعْتَبَرُ قيمتُهما يوم القِسمةِ أيضاً؛ لأنَّ عند القِسْمةِ يَظْهَرُ الرِّبح.

قال: (**وتَصِحُّ مع التَّفاضلِ في المالِ والتَّساوي في الرِّبح إذا عَمِلاً أو شَرَطا زيادةَ الرِّبح للعامل**).

وقال زُفر ﷺ: لا تَصِحُّ المساواة في المالِ والتَّفاوتُ في الرِّبح، ولا على العكس، ولا يجوز إلاَّ أن يكون الرِّبح على قدرِ رأسِ المال؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى ربحِ ما لم يَضْمَن كالمُفاوضة، ولأنّه لا يجوز اشتراطُ الوَضيعةِ هكذا، فكذا الرِّبح.

ولنا: قول عليٍّ ﷺ: «الرِّبحُ على ما اشترط المُتعاقدان، والوَضِيعة على المال»[1]، ولأنَّ الرِّبحَ كما يُستَحَقُّ بالمال يُسْتَحَقُّ بالعَمل كالمُضارب، فإنَّ أحدَهما قد يكون أَعْرَفُ بأُمور التِّجارات وأَهْدَى إلى البِياعات، فلا يَرْضَى بالمُساواةِ.

---

(١) فعن علي ﷺ في المضاربة: «الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه» في مصنف عبد الرزاق٨: ٢٤٨، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٢٦٧.
وعن جابر بن زيد ﷺ: «الربح على ما اصطلحوا عليه، والوضيعة على المال، هذا في الشريكين فإن هذا بمائة، وهذا بمائتين» في مصنف عبد الرزاق٨: ٢٤٨.
وعن إبراهيم والشعبي في الشريكين قالا: «الشَّركةُ على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على المال» في مصنف ابن أبي شيبة٤: ٢٦٧.

(وإذا تَساويا في المال وشَرَطا التَّفاوت في الرِّبح والوَضيعة، فالرِّبح على ما شرطا والوَضيعةُ على قَدْر المالين)، قال ﷺ: «الرِّبحُ على ما شرطا، والوَضيعة على قدر المالين»[1]، من غَيْرِ فَصْل، ولأنّا جوَّزنا اشتراطَ زِيادة في الرِّبح بمقابلةِ العَمل تَقْديراً، أمَّا زيادةُ الوَضيعة فلا وجه لها، وصار كما إذا شَرَطا الوَضيعة على المُضارب، فإنَّه لا يصحُّ كذلك هنا.

قال: **(وتَنْعَقِدُ على الوَكالة)**؛ لما مَرَّ، **(ولا تَنْعَقِدُ على الكَفالة)**؛ لأنَّها إنّما ثَبَتَت في المُفاوضةِ قضيّة للمَساواة، ولا مُساواة هنا.

قال: **(ولا تَصِحُّ فيما لا تَصِحُّ الوَكالةُ به كالاحتطاب والاحتشاش)**؛ لأنَّ الوَكالةَ في ذلك باطلةٌ؛ لأنّها مُباحةٌ؛ لأنَّ الآخذَ يَمْلِكُه بدون التَّوكيل، فيكون فاعلاً لنفسِهِ.

ومن ذلك: اجتناءُ الثِّمار من الجَبال، والاصطيادُ، وحفرُ المعادن، وأخذُ الملح والجِصِّ والكُحْل وغيرها من المُباحات.

(وما جَمَعَه كلُّ واحدٍ منهما فهو له) دون صاحبِهِ؛ لأنَّه مُباحٌ سَبَقَت يدُه عليه، **(فإنَّ أَعانه الآخرُ فله أَجرُ مثلِه)** بالغاً ما بلغ؛ لأنَّ الشَّركةَ متى فَسَدَت صارت إجارةً فاسدةً.

---

(١) في الإخبار ٢: ٢٧٢: «قال المُخَرِجُون: لم نجده»، وقال الزيلعي في نصب الراية٣: ٤٧٧: «غريب جداً»، ولكن يشهد له الآثار السابقة، فمثلها ينبغي أن تأخذ حكم المرفوع.

ولو استأجره في ذلك بنصفِ المَجموعِ كان له أجرُ المِثل بالغاً ما بَلَغَ كذلك هنا.

وقال أبو يوسف ﵁: له أَجرُ مثلِه لا يُجاوزُ به نصفَ الثَّمن تحقيقاً للفائدة، وهذه الشَّركةُ فاسدةٌ.

قال: (**وإن هَلَكَ المالان أو أحدُهما في شركةِ العِنان قبل الشِّراء بَطَلَتْ الشَّركة**).

أَمَّا إذا هَلَكا؛ فلأنَّ المَعقودَ عليه المال وأنَّه يَتَعيَّن فيها: كالهِبةِ والوَصيّةِ، وقد هَلَكَ، فيَبْطُل العقدُ كالبَيْع.

وأَمَّا إذا هَلَكَ أحدُهما؛ فلأنَّ الآخرَ ما رَضِي بشركةٍ في مالِهِ إلا لِيشْرَكه في ماله أيضاً، وقد فاتت الشَّركةُ في الهالكِ، فيَفوتُ الرِّضى، فيَبْطُلُ العَقْد.

قال: (**وإن اشترى أحدُهما بمالِهِ، ثمَّ هَلَكَ مالُ الآخر، فالمُشْتَرَى بينهما على ما شَرَطا**)؛ لانعقاد الشَّركةِ وقتَ الشِّراء، (**ويَرْجِعُ على صاحبِهِ بحصَّتِهِ من الثَّمَن**)؛ لأنَّه اشترىٰ له بالوَكالة، ونَقَدَ الثَّمن من مالِهِ، فَيَرْجِعُ عليه؛ لما مَرّ.

(**وإن هَلَكَ أحدُ المالين ثمَّ اشترَى أحدُهما، فالمُشتَرَى لصاحبِ المالِ خاصّة**)؛ لأنَّ الوَكالةَ بَطَلَت بهلاك أحدِ المالين كما تقدَّم، فيكون مُشترياً لنفسِهِ خاصّة، وإن كانا نصّاً علىٰ الوَكالةِ في عَقْدِ الشَّركة كان المُشتَرَىٰ بينهما علىٰ ما شَرَطا، وتكون شَركةُ أَمْلاك؛ لأنَّ الشَّركةَ بطَلَت؛ لما بيَّنَّا.

والمشتَرَىٰ بحُكمِ الوَكالةِ المُصرَّحِ بها لا بحُكم الشَّركة المَعقودة، فكانت شركةُ أَملاك، ويَرْجِعُ عليه بحصَّتِه من الثَّمن؛ لما مَرَّ.

قال: (**ولا يجوز أن يَشْتَرَطا لأحدِهما دَراهمُ مُسمَّاة من الرِّبح**)؛ لأنّه قد لا يَرْبَح ما سَميا أو يربح ذلك لا غير، فتَبْطُلُ الشَّركة، فكان شَرْطاً مُبطلاً للشَّركة فلا يجوز.

قال: (**ولشَريك العِنان والمُفاوض أن يُوكِّلَ ويُبضعَ**[1] **ويُضاربَ ويُودع ويَستأجر على العَمل**)؛ لأنَّ كلَّ ذلك من أَفعالِ التُّجار، (**وهو أَمين في المال**)؛ لأنّه قَبَضَه من المالك بإذنه، وليس له أن يُشارك؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يستتبع مثلَه.

فلو شارك المُفاوض عِناناً جاز عليهما؛ لأنّه دون المُفاوضة.

ولو فاوضَه جاز بإذن شَريكِهِ، فإنْ لم يأذن يَنْعَقِدُ عِناناً؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يَسْتتبعُ مثلَه، فإذا أَجاز المُفاوضة كانت شركةَ مُبْتَدأَةً، وإلا فهي عِنان؛ لأَنَّه لا بُدَّ له من الاستعانةِ بغيره، وهذا دونَه فيَجوز: كالمُضاربِ له أن يُوكِّلَ وليس له أن يُضاربَ.

قال: (**وشركة الصَّنائع**)، وتُسمَّىٰ شركةُ التَّقبل، وهي (**أن يَشْتركَ صانِعان اتفقا في الصَّنعةِ أو اختلفا على أن يَتَقَبَّلا الأعمال، ويكون الكَسْب بينهما فيجوز**).

---

(١) أي: يدفعه بضاعة: وهو أن يدفعَ المتاعَ إلى الغير؛ ليبيعه ويردّ ثمنه وربحه؛ لأَنَّه معتادٌ في عقد الشركة، كما في اللباب١: ٢٨٢.

وقال زُفَر ﷺ: لا يجوز مع اختلافِ العَمل؛ لأنّ الشَّركةَ تُنبئ عن الخِلطة، ولا اختلاطَ مع الاختلاف.

ولنا: أنّها شركةٌ في ضمانِ العَملِ وفيما يُستفادُ به، وهو الأجرُ لا في نفسِ العَمل، والوَكالةُ فيه ممكنةٌ؛ لأنَّ ما يَتَقَبَّلُ كلُّ واحدٍ منهما من العَمل، فهو أَصيلٌ في نصفِهِ وكيلٌ في نصفِه، وبذلك تتحقَّقُ الشَّركةُ.

ولو استويا في العَمَلِ وتفاضلا في المالِ جاز أيضاً؛ لأنَّ الأُجرةَ بدلُ عملهما، وأنّهما يَتَفاوتان، فيكون أحدُهما أَجْودُ عَمَلاً وأَحْسنُ صناعةً فيجوز، والقياسُ أن لا يجوز؛ لأنّه يؤدِّي إلى ربح ما لم يَضْمَن؛ لأنَّ الضَّمان بقدر العَمَل، فالزِّيادةُ عليه زيادةُ ربح ما لم يَضْمَنْ.

قُلْنا: المأخوذ هنا ليس بربح؛ لأنّ الرِّبح يَقْتَضي المجانسة بينه وبين رأس المال، ولا مُجانسَة، لأنَّ رأسَ المال هو العَمَل، والرِّبحُ مالٌ، فكان بدل العمل على ما بَيَّنّا.

قال: (**وما يَتَقَبَّلُه أحدُهما يَلْزمُهما، فيُطالَبُ كلُّ واحدٍ منهما بالعَملِ ويُطالِب بالأَجْر**) استحساناً، والقِياسُ أنّه لا يَلْزَمُ شريكُه؛ لأنَّ ذلك مُقْتَضى المُفاوضة، والشَّركةُ هنا مُطلقة.

وجه الاستحسان: أنّ هذه الشَّركةَ تقتضي الضَّمان، حتى كان ما يتقبَّلُه كلُّ واحدٍ منهما مَضْموناً على الآخر، ويَسْتوجبُ الأَجرَ بما تَقَبَّلَه شريكُه، فكان كالمُفاوضةِ في ضَمانِ الأَعمالِ والمُطالبة بالأَبْدال.

قال: **(وشَرَكةُ الوُجوهِ جائزةٌ)**، وتُسمَّىٰ شركةُ المَفاليس، **(وهي أن يَشْتَرِكا على أن يَشْتريا بوجوههما ويَبيعا)**، سُميت بذلك؛ لأنَّ الشَّراءَ بالنَّسيئةِ إنّما يكون لَمَن له وجاهةٌ عند النَّاس، والتَّعامُل بذلك جائزٌ بين النَّاس من غير نكيرٍ.

قال: **(وتَنْعقدُ على الوَكالة)**؛ لأنّ التَّصرُّفَ علىٰ الغيرِ إنّما يجوز بوكالتِهِ إذ لا ولايةَ عليه، وهذا عند الإطلاق.

ولو شَرَطَ الكَفالةَ أيضاً جاز، وتكون مُفاوضةً؛ لأنّه يُمكن تحقيق ذلك، لكن عند الإطلاق يُصْرَفُ إلىٰ العِنان؛ لأَنَّه أدنىٰ.

قال: **(وإن شَرَطا أنّ المشتَرَى بينهما، فالرِّبحُ كذلك، ولا تجوز الزِّيادةُ فيه)**؛ لأنَّ استحقاقَ الرِّبح بالضَّمان، والضَّمان يتبع الملك في المشتري، فيتقدَّر بقدرِه.

قال: **(وإن اشتركا ولأحدِهما بَغْلٌ وللآخرِ راويةٌ[1] يَستقي الماءَ لا يَصِحُّ، والكَسْبُ للعامل)**[2]؛ ....

---

(١) الرَّاوِيَةُ: الْمَزَادَةُ من ثَلَاثَةِ جُلُودٍ ة، ومنها رَاوِيَةً فيها مَاءٌ، وَأَصْلُهَا بَعِيرُ السِّقَاءِ؛ لِأَنَّه يَرْوِي الماء: أي يَحْمِلُهُ، كما في المغرب١: ٢٠٢.

(٢) لثبوت الملك في المباح بالأخذ، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفين؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر بأن حمله معه أو حرسه له فللمُعِين أجر مثله لا يجاوز به نصف

لأنَّ الماءَ مباحٌ، وأخذه لا يُستفادُ بالوَكالة[1]، وقد تقدَّم.

(وعليه أُجْرةُ بَغْلِ الآخر أو راوِيَتِهِ)؛ لأنّه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد، فيَلزمُه أُجرتُه.

قال: **(والرِّبحُ في الشَّركةِ الفاسدةِ على قَدْر المال، ويَبْطُلُ شَرْط الزِّيادة)**؛

لأنَّ الرِّبحَ تبعٌ لرأسِ المال، فيَتْبَعُهُ في الملكية، والزِّيادةُ إنّما تُستحقُّ بالشَّرطِ، وقد بَطَلَ.

قال: **(وإذا مات أحدُ الشَّريكين أو لحق بدار الحَرْب مُرْتداً بَطَلَتْ الشَّركة)**؛ لتضمنِها الوكالة، وهي تَبْطُلُ بذلك على ما مَرّ.

قال: **(وليس لأحدِ الشَّريكين أن يؤدِّي زكاةَ مالِ الآخر إلا بإذنِهِ)**؛ لأنّ ذلك ليس بداخلٍ في الشَّركةِ؛ لأنّه ليس من التِّجارة.

(فإن أَذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِهِ فأَدَّيا معاً ضَمِن كلُّ واحدٍ منهما نصيبَ صاحبه، وإن أدَّيا مُتَعاقباً ضَمِن الثَّاني للأوّل عَلِم بأدائه أو لم يَعْلَم)

ثمن ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﵄، وعند محمد ﵁ بالغاً ما بلغ، كما في اللباب١: ٢٨٣.

(١) لأنَّ الشركةَ متضمنةٌ معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المباح باطل؛ لأنَّ أمرَ الموكّل به غير صحيح، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه، كما في البحر الرائق٥: ١٩٧-١٩٨.

عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعنه: إن لم يَعْلَمْ لا يَضْمَن، وهو قولهما؛ لأنّه مأمورٌ بالدَّفع إلى الفقير، وقد فعل.

وله: أنّه مأمورٌ بالدَّفع إليه زكاة، والمدفوعُ لم يقع زكاة فكان مخالفاً، ولأنّه أمره بأداء يخرجه عن العُهْدة ولم يوجد، فكان مُخالفاً فيَضْمَنُ، والله أعلم.

كتاب المضاربة

وهي[1] مُفاعَلةٌ من الضَّرْبِ، وهو السَّيرُ في الأَرض، قال الله تعالى: {وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ}[النساء: ١٠١] الآية، وسُمِي هذا النَّوعُ من التَّصرُّفِ مُضاربةً؛ لأنَّ فائدتَه، وهو الرِّبحُ لا تَحْصَلُ غالباً إلا بالضَّرْبِ في الأَرض، وهي بلغةِ الحِجاز مُقارضةٌ، وإنَّما اخترنا المُضاربة لموافقتِهِ نصِّ القُرآن، وهو قوله تعالى: {وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللهِ}[المزمل: ٢٠]: أي يُسافرون للتِّجارة.

وهو عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بالآيةِ وبالسُّنة، وهو ما رُوِي أنّ العَبَّاس رضي الله عنه «كان يَدْفَعُ مالَه مُضاربةً، ويَشْترط على مُضاربِهِ أن لا يَسْلُكَ به بَحْراً، وأن لا يَنْزل وادياً، ولا يَشْتَري به ذات كَبْدٍ رَطْبةٍ، فإن فعل ذلك ضَمِن، فبَلَغَ ذلك رسول

---

(١) المضاربة اصطلاحاً: عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر، والمراد بالشركة الشركة في الربح، حتى لو شرطا فيها الربح لأحدهما لا تكون مضاربة، كما في التبيين٥: ٥٢.

الله ﷺ فاستحسنه وأجازه»[١]، وبُعث ﷺ والنَّاس يَتَعاملونه فأَقرَّهم عليه[٢]، وعن عُمَرَ رضي الله عنه: «أنّه دَفَعَ مال اليتيم مضاربة»[٣]، وعليه الإجماع.

ولأنَّ للنَّاس حاجةٌ إلى ذلك؛ لأنّ منهم الغَنِيَّ الغَبِيَّ عن التَّصرُّفات، والفَقير الذَّكيُّ العارفُ بأَنواع التِّجارات، فمَسَّت الحاجةُ إلى شرعيَّتِهِ تحصيلاً لمصلحتِها.

---

(١) فعن ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: «كان العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذا كبد رطبة، فإن فعله فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه» في سنن الدارقطني٣: ٧٨، والمعجم الأوسط١: ٢٣٢، وسنن البيهقي الكبير٦: ١١١.
وعن حكيم بن حزام رضي الله عنه: «أنَّه كان يدفع المال مقارضة إلى الرجل، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد، ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال، قال: فإذا تعدى أمره ضمنه من فعل ذلك» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١١١

(٢) قال ابن حزم: كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب أو السنة حاشى القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنَّه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنَّه كان في عصره ﷺ، فعَلِمَ به وأقرَّه، ولولا ذلك لما جاز، كما في تلخيص الحبير٣: ٥٨.

(٣) فعن حميد بن عبيد، عن أبيه رضي الله عنه«أنَّ عمر رضي الله عنه أعطاه مالاً مضاربة ليتيم» في آثار أبي يوسف٢: ٢٥٠.
وعن ابن مسعود رضي الله عنه: «أنَّه أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة» في آثار أبي يوسف٢: ٣٦٧.

وتَنْعَقِدُ بقولِهِ: دَفَعْتُ هذا المالَ إليك مُضاربةً، أو مُقارضةً، أو مُعاملةً، أو خُذ هذا المال واعمل فيه على أنَّ لك نصفَ الرِّبح أو ثلثَه، أو قال: خُذْ هذه الألف واعمل بها بالنِّصفِ أو بالثُّلثِ استحساناً؛ لأنَّ البَيْعَ والشِّراءَ صار مَذكوراً بذكر العَمل، والنِّصفُ متى ذُكِر عَقِيب البَيْع والشِّراء يُرادُ به النِّصفُ من الرِّبح عُرْفاً، وأنّه كالمَشروط.

ولو قال: خُذ هذا المالَ بالنِّصفِ كان مُضاربةً استحساناً عملاً بالعرف.

وشرائطُها خَمْسةٌ[1]:

أحدُها: أنّها لا تجوز إلا بالنَّقدين.

الثّاني: إعلامُ رأس المال عند العقدِ إمّا بالإشارةِ أو بالتَّسميةِ[2]، ويكون

---

(١) وذكروا شروطا أخرى، ومنها:

١. أهلية التوكيل والوكالة لرب المال والمضارب؛ لأنَّ المضارب يتصرف بأمر رب المال، وهذا معنى التوكيل.

٢. أن يكون رأسُ المال عيناً لا ديناً، فإن كان ديناً فالمضاربة فاسدة، فلو كان لربّ المال على رجل دين، فقال له: اعمل بديني الذي في ذمّتك مضاربة بالنصف، إنَّ المضاربة فاسدة بلا خلاف، ، كما في البدائع ٦: ٨١-٨٦.

(٢) فإن كان مجهولاً لا تصحّ المضاربة؛ لأنَّ جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط صحّة المضاربة، كما في البدائع ٦: ٨١.

مُسَلَّماً إلى المُضارِب[١].

الثّالثُ: أن يكون الرِّبحُ شائعاً بينهما[٢].

الرَّابعُ: إعلامُ قَدْر الرِّبح لكلِّ واحدٍ منهما.

الخامسُ: أن يكون المشروطُ للمُضارب من الرِّبح، حتى لو شَرَطَه من رأس المال أو منهما فَسَدَت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

---

(١) لأنَّه أمانة فلا يصحّ إلا بالتسليم، وهو التخلية كالوديعة، ولا يصحّ مع بقاء يد الدّافع على المال؛ لعدم التسليم مع بقاء يد، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة، لأنَّه فرَّق بينها وبين الشركة، فإنَّها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله، والفرق: أنَّ المضاربةَ انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين، وعلى العمل من الجانب الآخر، ولا يتحقَّقُ العَمَلُ إلا بعد خروجه من يد رب المال، فكان هذا شرطاً موافقاً مقتضى العقد، بخلاف الشركة؛ لأنَّها انعقدت على العمل من الجانبين، فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض مقتضى العقد، وكذا لو شرط في المضاربة عمل ربّ المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل؛ لأنَّ شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، وأنَّه شرط فاسد، ولو سَلَّم رأس المال إلى ربّ المال ولم يشترط عمله، ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز؛ لأنَّ الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده، كما في البدائع ٦: ٨٣.

(٢) أي لا تصحّ المضاربة إلا إذا كان الربح بينهما مشاعاً؛ لأنَّ الشركة تتحقّق به، حتى لو شرطا لأحدهما دراهم مسمّاة تبطل المضاربة؛ لأنَّه يؤدي إلى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمّى، كما في التبيين ٥: ٥٤.

قال: (**المُضاربُ شَريكُ رَبِّ المال في الرِّبح، ورأسُ ماله الضَّرْبُ في الأَرض**)؛ لأنّه لو لم يكن شريكُه في الرِّبح لا يكون مضاربةً على ما نُبيِّنُه إن شاء الله.

قال: (**فإذا سُلِّم رأسُ المال إليه، فهو أمانةٌ**)؛ لأنّه قَبَضَه بإذن المالك، (**فإذا تَصَرَّفَ فيه فهو وكيلٌ**)؛ لأنّه تصرَّفَ فيه بأمره، (**فإذا رَبِحَ صار شريكاً**)؛ لأنّه مَلَكَ جُزءاً من الرِّبح، (**فإن شُرِطَ الرِّبحَ للمُضارب فهو قرضٌ**)؛ لأنَّ كلَّ ربحٍ لا يُملك إلا بملكِ رأسِ المال، فلمَّا شُرِطَ له جميع الرِّبح، فقد ملَّكه رأسُ المال، ثمّ قوله: «مضاربةً» شَرْطٌ لردِّه، فيكون قَرْضاً.

(**وإن شُرِطَ لرَبِّ المالُ، فهو بِضاعةٌ**)، هذا معناها عُرفاً وشَرعاً، (**وإذا فَسَدَت المُضاربةُ، فهي إجارةٌ فاسدةٌ**)؛ لأنّه عَمِل له بأَجر مجهول، فيستحقَّ أجرَ مِثْلِه؛ لما مَرّ.

(**وإذا خالفَ صار غاصباً**)؛ لأنّه تصرَّف في ملكِ الغير بغيرِ رضاه فكان غاصباً، ولا تصحُّ إلا بما تصحُّ به الشَّركة.

قال: (**ولا تصحُّ إلا أن يكون الرِّبحُ بينهما مُشاعاً، فإن شُرِطَ لأحدِهما دراهمُ مُسمَّاة فَسَدَت**)؛ لما مَرَّ في الشَّركة.

وكذا كلُّ شَرْطٍ يُوجبُ الجَهالةَ في الرِّبح يُفسدُها؛ لاختلال المَقْصودِ.

(**والرِّبحُ لربِّ المال**)؛ لأنّ الرِّبحَ تَبَعٌ للمال؛ لأنّه نماؤه.

(**وللمُضارب أَجرُ مِثْلِه**)؛ لأنّها فَسَدَت ولا يَتَجاوز به المُسمَّىٰ عند أبي يوسف ﵁، وهو نَظيرُ ما مَرَّ في الشَّركةِ الفاسدةِ، وهكذا كلُّ مَوْضعٍ لا تَصِحُّ فيه المُضاربة.

وتجبُ الأُجرةُ وإن لم يَعْمَلْ؛ لأنّ الأَجيرَ يَسْتَحِقُّ الأُجرةَ بتسليمِ نفسِهِ وقد سَلَّمَ.

وعن أبي يوسف ﵁: أنه لا يَسْتَحِقُّ حتىٰ يَرْبَحَ كالصَّحيحة، والمالُ أَمانةٌ كالصَّحيحةِ، أو لأنّه أَجيرٌ خاصٌّ.

قال: (**واشتراطُ الوَضيعةِ على المُضاربِ باطلٌ**)؛ لما رُوِي عن عَليٍّ ﵁ أنّه قال: «الرِّبحُ علىٰ ما اشترطوا عليه، والوَضِيعةُ علىٰ المال»(١)، ولأنّه تَصَرَّفَ فيه بأَمْرِه، فصار كالوَكيل.

قال: (**ولا بُدّ أن يكون المالُ مُسلَّماً إلى المُضارب**)؛ لأنّه لا يَقْدِرُ علىٰ العَمل إلا باليد، فيَجب أن تخلصَ يدُه فيه، وتَنْقَطِعُ عنه يدُ ربِّ المال.

قال: (**وللمُضاربِ أن يَبيعَ ويشتري بالنَّقدِ والنَّسيئةِ ويُوكِّلَ ويُسافرَ ويُبْضعَ**)، وأصلُه أنَّ المضاربَ مأمورٌ بالتِّجارة، فيَدْخُلُ تحت الإذن كلُّ ما هو تجارة أو ما لا بُدّ للتِّجارة منه: كالبَيْع والشِّراء والباقي من أَعمالِ التِّجارة، وكذلك الإيداع، ولأنّها دون المُضاربة، فيَدْخل تحت الأَمْر.

---

(١) سبق تخريجه عن علي ﵁ في المضاربة: «الوضيعة علىٰ المال، والربح علىٰ ما اصطلحوا عليه» في مصنف عبد الرزاق٨: ٢٤٨، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٢٦٧.

قال: (**ولا يُضارب إلا بإذن ربِّ المال، أو بقولِهِ: اعمل برأيك**)؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يستتبعُ مِثْلَه لاستوائهما في القوَّة، فاحتاج إلى التَّنصيصِ أو مُطلَقِ التَّفويض، إلاّ أنّه ليس له الإقراضَ؛ لأنّ الإطلاقَ فيما هو من أُمور التِّجارة لا غَيْر.

قال: (**وليس له أن يَتَعدَّى البَلَدَ والسِّلْعةَ والمُعامِلَ الذي عَيَّنَه رَبُّ المال**)؛ لما رَوينا من حديث العَبَّاس رضي الله عنه، وعن ابنِ مَسْعودٍ رضي الله عنه أنّه دَفَعَ المال مُضاربةً، وقال: «لا تُسْلِفُ مالنا في الحَيوان»[1]، ولأنّها وكالةٌ، وفي التَّخصيصِ فائدةٌ فيَتَخصَّص.

ولو خالفه كان مُشترياً لنفسِهِ وربحُه له؛ لأنّه لمّا خالفَ صار غَصْباً فأَخَذَ حكمَ الغَصْب، ثمّ قيل: يَضْمَنُ بنفس الإخراج من البلدِ لوجود المُخالفة، وقيل: لا يَضْمَنُ ما لم يَشْتَر؛ لاحتمال عودِهِ إلى البلدِ قبل الشِّراء، فإذا عادَ زالَ الضَّمانُ وصارَ مُضاربةً على حالِهِ بالعَقْد الأوّل كالمودَع إذا

---

(١) أخرجه محمدُ بنُ الحَسَن في «الآثار» وأبو يوسف في «الآثار»، كما في الإخبار٢: ٢٧٥.

وعن إبراهيم: «أنّ ابنَ مسعود رضي الله عنه أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة» في معرفة السنن٨: ٣٢٢.

وعن ابنِ مَسعود رضي الله عنه، قال: «السَّلَفُ في كلِّ شيءٍ إلى أجل مُسَمَّى لا بأس به ما خلا الحيوان» في شرح معاني الآثار٤: ٦٣، والسنن الكبرى للبيهقي٦: ٣٧، ومصنف ابن أبي شيبة١١: ١٧٠.

خالفَ ثمّ عاد.

والمُضاربةُ نوعان: عامّةٌ وخاصّةٌ.

فالعامّةُ نوعان:

أحدُهما: أن يدفعَ المالَ إليه مُضاربةً ولم يَقُلْ له: اعمل برأيك، فيَمْلِكُ جميع التَّصرُّفات التي يَحتاج إليها في التِّجارة، ويدخل فيه: الرَّهنُ والارتهانُ والاستئجارُ والحَطُّ بالعَيبِ والاحتيال بمال المُضاربة، وكلُّ ما يَعْمَلُه التُّجار غير التَّبرُّعاتِ والمُضاربةِ والشَّركةِ والخَلْط والاستدانةِ على المُضاربة، وقد مَرَّ الوجُه فيه.

والثَّاني: أن يقول له: اعمل برأيك، فيَجوز له ما ذَكَرنا من التَّصرُّفات والمضاربةِ والشَّركة والخَلْطِ؛ لأنّ ذلك ممَّا يفعله التّجار، وليس له الإقراضُ والتَّبرُّعات؛ لأنّه ليس من التِّجارة، فلا يَتناولُه الأَمر.

والخاصّةُ ثلاثة أَنواع:

أحدُها: أن يخصَّه ببلدٍ فيقول: على أن تعملَ بالكوفة أو بالبَصرة.

والثَّاني: أن يخصَّه بشخصٍ بعينِه بأن يقول: على أن تبيعَ من فلانٍ وتَشْتري منه، فلا يجوز التَّصرُّف مع غَيرِه؛ لأنَّه قَيْدٌ مُفيدٌ لجواز وثوقِهِ به في المُعاملاتِ.

الثَّالث: أن يخصَّه بنوعٍ من أَنواعِ التِّجارات بأن يقولَ له: على أن تعملَ به مُضاربةً في البَزِّ أو في الطَّعامِ أو في الصَّرفِ ونحوِه.

وفي كلِّ ذلك يَتَقَيَّدُ بِأَمْرِه ولا يجوز له مُخَالَفتُه؛ لأَنَّه مُقيَّدٌ، وقد مَرَّ الوجه فيه.

ولو قال: على أن تعملَ بسوقِ الكوفةِ، فعَمِلَ في موضعٍ آخر منها جاز؛ لأنّ أماكن المَصر كلُّها سواءٌ في السَّفر والنَّقد والأَمن.

ولو قال: لا تَعْمَل إلاَّ في سوقٍ، فعَمِلَ في غيرِه ضَمِن؛ لأنّه صَرَّحَ بالنَّهي.

ولو دَفَعَ المال مُضاربةً في الكوفة على أن يَشتري من أَهلها، فاشترى من غيرِهم فيها جازَ؛ لأنَّ المقصودَ المكان عرفاً.

وكذلك لو دَفَعَه مُضاربةً في الصَّرْف على أن يَشتري من الصَّيارفة ويبيعُهم، فاشترى من غيرهم جازَ؛ لأنّ المرادَ النَّوعُ عرفاً.

قال: (**وإن وقّت لها وقتاً بَطَلَت بمضيه**)؛ لأنَّ التَّوقيتَ مقيَّدٌ، وهو وكيلٌ، فيتقيَّدُ بما وقَّته كالتَّقييد بالنَّوع والبَلد.

قال: (**فلو دَفَعَ إليه المالَ مُضاربةً، وقال: ما رَزَقَ اللهُ تعالى بيننا نِصفان وأَذِنَ له في الدَّفع مُضاربة، فدَفَعَ إلى آخر بالثُّلُثِ، فنُصِفُ الرِّبح لربِّ المال بالشَّرْطِ، والسُّدُسُ للأَوَّل، والثُّلُث للثَّاني**)؛ لأَنَّه لَّما شَرَطَ ربُّ المال لنفسِهِ النِّصفَ بَقِيَ النِّصفُ للمُضاربِ، فلَمّا شَرَطَ الثُّلث للثَّاني انصرف تصرُّفُه إلى نصيبه، فيَبْقَى له السُّدسُ، ويَطيب له كأَجير الخَيّاطِ.

(وإن دَفَعَ الأَوَّلُ إلى الثَّاني بالنِّصف فلا شيء له)؛ لأَنَّه جَعَلَ نصفَه للثَّاني، فلم يَبْقَ له شيءٌ، كمَن استأجره لخَيّاطةِ ثَوْبٍ بدرهمٍ فاستأجر غيرَه ليخيطَه بدرهم.

(وإن دَفَعَه على أنَّ للثَّاني الثُّلثين ضَمِن الأَوَّلُ للثَّاني قَدْرَ السُّدس من الرِّبح)؛ لأَنَّه ضَمِن الثَّاني ثُلُثي الرِّبح، وبعضُه وهو النِّصفُ ملكُه، وبعضُه وهو السُّدسُ ملك ربِّ المال فلا ينفذ؛ لأَنَّه إبطالُ ملك الغير، لكن التَّسمية صحيحةٌ؛

لكونها معلومةً في عقدِ يَمْلِكُه، وقد ضَمِنَ له السَّلامة، فيَلْزَمُه الوَفاء، وصارَ كمَن استأجرَ خَيّاطاً لخياطةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فاستأجر الخَيّاطُ غيرَه ليخيطَه بدرهمٍ ونصفٍ.

(ولو قال: ما رَزَقَكَ اللهُ فلي نِصْفُه، فما شَرَطَه للثَّاني فهو له) عَمَلاً بالشَّرط؛ لأَنَّه مَلَكَه من جهةِ ربِّ المال، **(والباقي بين ربِّ المال والمضارب الأَوَّل نِصفان)**؛ لأنّ رَبَّ المال جَعَلَ لنفسِهِ نصفَ ما رَزَقَه اللهُ، وإنّما رَزَقَه نصفَ الرِّبح، فيكون بينهما نِصْفان.

وكذلك إذا قال: ما رَبِحْتَ أو كَسَبْتَ أو رُزِقْتَ أو ما كان لك فيه من فَضلٍ أو ربحٍ فهو بيننا نِصفان، فإنّه يَنْطلق إلى ما بعد شَرَطَ للثَّاني؛ لما بَيَّنَّا.

(ولو قال: على أنّ ما رَزَقَ اللهُ بيننا نِصفان فَدَفَعَهُ إلى آخر بالنِّصفِ فَدَفَعَهُ الثَّاني إلى ثالثٍ بالثُّلُثِ، فالنُّصفُ لربِّ المال، وللثَّالث الثُّلُث، وللثَّاني

السُّدسُ، ولا شيء للأوَّل)؛ لأنَّه لمَّا شَرَطَ النِّصف للثَّاني وانصرف إلى نصيبِهِ؛ لما بيّنّا، فلم يَبْقَ له شيءٌ، والباقي على ما شَرَطاه؛ لِما بَيّنّا.

وإذا لم يؤذن للمُضارب في الدَّفع مُضاربةً، فَدَفَعَهُ إلى غيره مُضاربة ضَمِنَ عند زُفر رضي الله عنه؛ لوجود المخالفة.

وقالا[1]: لا يَضْمَنُ ما لم يَعْمَلْ؛ لأنَّ الدَّفعَ لا يَتَقرَّر مُضاربةً إلا بالعَمل.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يَضْمَن ما لم يَرْبَح؛ لما بيّنّا في أوّل البابِ أنَّ الدَّفعَ قبل العَمَل أمانةٌ، وبعد العَمَلِ مُباضعةً، وهو يَمْلِكُ ذلك، فإذا رَبح صار شَريكاً في المال فَيَضْمَن، كما إذا خَلَطَ بمال آخر، ولا ضَمان على الثَّاني؛ لأنّ فعلَه يُضافُ إلى الأوَّل؛ لأنَّه هو الذي أَثْبَتَ له ولايةَ التَّصرُّف، فإن استهلكَه الثَّاني، فالضَّمانُ على الأوَّل خاصّة.

عندهما: يَضْمَنُ الثَّاني، وهو نظيرُ مودَع المودِع.

والأَشْهرُ[2] أن يُخيِّر ههنا فَيَضْمَنُ أَيُّهما شاء الأَوَّلُ؛ لما بيّنّا، والثَّاني لإبطالِهِ حقَّ ربِّ المال، فكان مُتعدِّياً في حَقِّه.

---

(١) قال في الهداية: وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهم: إذا عمل به ضمن رَبِحَ أو لم يربح، وهو ظاهر الرواية، كما في التصحيح ص٢٧.

(٢) وهذا ما صرح به في خلاصة الدلائل، وقال في التصحيح ص٢٧: «والمشهور من المذهب: أنَّ رب المال بالخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني في قولهم جميعاً».

ولو كانت المُضاربةُ فاسدةً لا ضَمان عليه؛ لأنَّ الثَّاني أَجير فيه، وله أَجرُ مِثْلِه، فلا يكون شَريكاً.

ولو دَفَعَ المالَ إلى رَجلين مُضاربةً بالنَّصف، وقال: اعملا برأيكما، أو لم يَقُل؛ فليس لأَحدِهما أن يَنْفَرِدَ؛ لأنَّ التِّجارةَ يحتاج فيها إلى الرَّأي، فإن عَمِلَ أحدُهما بنصفِ المال بغيرِ أَمر صاحبِهِ ضَمِن النِّصفَ، وإن عَمِلَ بأَمْر الآخر لم يَضْمَن؛ لأنّه كالوكيل عنه.

وما رَبِحَ نِصفُه لربِّ المال ونِصفُه بينهما نِصفان.

فصل

ونفقةُ المُضارب في مالِ المُضاربةِ ما دام في سَفَرِه حتى يعودَ إلى مصرِهِ، وإن كان ما دون مدّةِ السَّفر إذا كان لا يبيت بأهلِهِ، وإن كان يَبيتُ فلا نَفَقةَ له.

وكذا لا نَفَقةَ له ما دام في مصرِه؛ لأنَّ النَّفقةَ جَزاءُ الاحتباس، فإذا كان في مصره لا يكون مُحْتَبساً في المضاربةِ، وفي السَّفر يكون مُحْتَبساً فيها، وإذا اتخذ مِصراً آخر داراً أو تَزَوَّجَ به، فهو كمِصْرِه.

ونفقتُه في الحاجةِ الدَّارّة: كالطَّعام والشَّراب والكِسوة وفِراش النَّوم ودابَّة الرُّكوب وعلفِها، ومَن يطبخ له، ويَغْسِلُ ثيابه، وأُجرةِ الحَمَّام، ودُهنِ السِّراج، والحطبِ، وتجب نفقةُ مِثْلِهِ بالمَعْروف، ونَفَقةُ غِلْمانِه ودَوَابِّهِ الذين يَعْملون معه في المال، وتُحتسبُ النُّفقةُ من الرِّبح، فإن لم يكن فمِن رأس المال.

ولو أَنْفقَ من مالِ نفسِهِ أو استدانَ لنفقتِهِ رَجَعَ في مال المضاربةِ.

ولو ضارب لرجلين فنَفَقتُه على قَدْر المالين.

ولو كان أحدُ المالين بِضاعةً فالجميعُ على المُضاربةِ؛ لأنَّ السَّفرَ واقعٌ لها.

ولو كانت المُضاربةُ فاسدةً لا نفقةَ للمُضاربِ؛ لأنّه أَجيرٌ، ونفقةُ الأَجير على نفسِهِ.

قال: (**وتَبْطلُ المضاربةُ بموتِ المضاربِ وبموتِ ربِّ المال**)؛ لأنَّها وكالةٌ وأنّها تبطل بالموت؛ لما مَرّ.

قال: (**وبردّة ربِّ المال ولحاقِهِ مُرْتداً**)؛ لأنّه موتٌ حُكماً على ما عُرِف.

(**ولا تَبْطل بردَّة المضارب**)؛ لأنّ ملكَ رَبِّ المال باق، وعبارةُ المرتدِّ معتبرةٌ.

قال: (**ولا يَنْعزلُ بِعَزْلِهِ ما لم يَعْلَمْ**): كالوكيل، (**فلو باع واشترى بعد العَزْلِ قبل العِلْم نَفَذَ**) ؛ لبقاء الوكالة، (**فإن عَلِمَ بالعَزْل والمال من جِنْس رأس المال لم يجز له أن يتصرَّفَ فيه**)[1]؛ لأنّه صار أَجنبيّاً بالعَزل، ولا ضرر عليه في ذلك.

---

(١) لأنَّه صفة المضاربة أنَّها عقد غير لازم، ولكلّ واحد منهما ـ أعني: ربّ المال والمضارب ـ الفسخ، لكن عند وجود شرطه، وهو علم صاحبه، ويشترط أيضاً أن يكون رأسُ المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير، حتى لو نهى رَبُّ المال المضارب عن التصرّف، ورأس المال عروض وقت النهي، لم يصحّ نهيه وله أن يبيعَها؛ لأنَّه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير؛ ليظهر الربح، فكان النهي والفسخ إبطالاً لحقّه في التصرّف، فلا يملك ذلك، وإن كان رأسُ المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي، صحّ الفسخ والنهي، لكن له أن يصرفَ الدراهمَ إلى الدنانير، والدنانير إلى الدراهم؛ لأنَّ ذلك لا يعد بيعاً؛ لاتحادهما في الثمنية، كما في البدائع٦: ١٠٩.

(وإن كان خلاف جنسِهِ، فله أن يبيعَه حتى يصيرَ من جنسِهِ)؛ لأنَّ له حقّاً في الرِّبح، وهو إنَّما يظهر إذا عَلِم رأس المال، وإنَّما يعلم إذا نضَّ، وإنَّما يَنِضُّ بالبيع، فإذا نَضَّ لا يتصرَّف فيه.

وموتُ أحدِهما ولحاقِه بدار الحرب[1] كالعَزْل.

قال: **(وإذا افترقا وفي المال ديونٌ وليس فيه رِبْحٌ، وَكَّلَ ربَّ المالِ على اقتضائها)**؛ لأنّه وكيلٌ متبرعٌ بالعمل، فلا يلزمه الاقتضاء، إلا أنّه لمّا كان عاقداً والحقوق ترجعُ إليه، فلا بُدَّ من وَكالتِه.

(وإن كان فيه ربحٌ أُجبرَ على اقتضائِها)؛ لأنَّ الرِّبحَ بمنزلة الأُجرة، فكان أجيراً، فيجب عليه تمام العَمَل.

قال: **(وما هَلَكَ من مالِ المضاربة، فمن الرِّبح)**؛ لأنّه تبعٌ كالعَفو في باب الزَّكاة.

(فإن زاد فمن رأس المال)؛ لأنَّ المضاربَ أمينٌ فلا ضَمان عليه.

---

(١) لأنَّ اللحوقَ بمنزلة الموت، وقبل لحوقه يتوقّف تصرّف مضاربه عند أبي حنيفة رضي الله عنه على النفاذ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل؛ لأنَّه يتصرَّفُ له، فصار كتصرّفه بنفسه، ولو كان المضارب هو المرتد، فالمضاربةُ على حالها عندهم؛ لأنَّ تصرفاته إنَّما توقفت لمكان توقفه في ملكه، ولا ملك له هنا في مال المضاربة؛ وله عبارة صحيحة، فلا يتوقّف في ملك رَبِّ المال، فبقيت المُضاربة على حالها، كما في التبيين٥: ٦٦-٦٧.

فإن اقتسما الرِّبح والمضاربةُ بحالها ثمّ هلك المال أو بعضه رجع في الرِّبح حتى يستوفي رأس المال[1]؛ لأنَّ الرِّبحَ فضلٌ على رأسِ المال، ولا يُعرَفُ الفضلُ إلاَّ بعد سلامةِ رأسِ المالِ، فلا يصحُّ قسمتُه، فينصرفُ الهلاكُ إليه؛ لما بيَّنَّا.

ويبتدأُ أوَّلاً برأسِ المالِ، ثمّ بالنَّفقةِ، ثمّ بالرِّبحِ، الأهمُّ فالأهمُّ.

ولو فَسَخَا المضاربة، ثم اقتسما الرِّبح، ثمّ عقدا المضاربة، فَهَلَكَ رأسُ المال لم يترادّا الرِّبح؛ لأنَّ هذه المُضاربة جديدة، والأُولَى قد انتهت، فانتهى حكمها[2].

ولو مَرّ المُضاربُ على السُّلطان فأخذ منه شيئاً كُرهاً لا ضَمان عليه، وإن دَفَعَ إليه شيئاً؛ ليكف عنه ضَمِن؛ لأنه ليس من أُمور التِّجارة، وكذلك إذا أراد العاشرُ أن يأخذ منه العُشْر، فصالحه المُضارب بشيءٍ من المال، حتى كفَّ عنه ضَمِن، والله عز وجل أعلم.

---

(١) لأنَّه إذا هلك ما في يده تبيّن أنَّه ليس برأس مال، وأنَّ ما اقتسماه ليس بربح؛ إذ لا يتصوّر بقاء التبع بدون الأصل، فيضمن المضارب ما أخذه على أنَّه ربح؛ لأنَّه أخذه لنفسه حتى يتمّ به رأس المال، بخلاف ما بقي في يده، حيث لا يضمنه؛ لأنَّه لم يأخذه لنفسه، وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال، كما في التبيين٥: ٦٩.

(٢) أي لأنَّ المضاربة الأولى قد تمت وانفصلت، والثانية عقد جديد، فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول، كما إذا دَفَعَ إليه مالاً آخر، كما في الجوهرة١: ٢٩٧، ودرر الحكام٢: ٣١٦.

كتاب الوديعة

وهي مُشتقةٌ من الوَدَع، وهو التَّرك، يُقال: دَعْ هذا: أي اتْرُكْه، ومنه الموادعة في الحَرْب: أي أن يَتْرُكَ كلُّ واحدٍ من الفَريقين الحَرْب، وقال ﷺ: «لينتهينَّ قومٌ عن وَدَعهم الجماعات أو ليُخْتَمَنَّ على قلوبهم، ثمَّ ليُكْتَبُنَّ من الغافلين»(١): أي تركهم الجماعات.

ومنه: الوَداع؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يتركُ صاحبَه ويُفارقُه.

أو هي مَن الحفظ، قال ﷺ في حديثِ وداعِ المُسافر: «استودع الله دينَك وأمانتَك»(٢): أي استحفظَ الله: أي أَطْلُبُ منه حِفْظَهما، فكأنَّ الوَديعةَ تُتْرَكُ عند الموْدَع للحفظ، ولهذا لا يُودِعُ عادةً إلا عند مَن يُعْرَفُ بالأَمانةِ والدِّيانةِ.

---

(١) فعن ابن عمر، وأبي هريرة رضي الله عنهما، قال ﷺ: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات، أو ليختمن الله على قلوبهم، ثم ليكونن من الغافلين» في صحيح مسلم٢: ٥٩١.

(٢) فعن قزعة، قال: قال لي ابن عمر هلم رضي الله عنه أودعك كما ودعني رسول الله ﷺ: «أستودع الله دينك وأمانتك وخواتيم عملك» في سنن أبي داود٣: ٣٤، وسنن الترمذي٥: ٤٩٩، وقال: حسن صحيح.

وهو(١) عَقْدٌ مَشْروعٌ أَمانةً لا غرامةً، قال ﷺ: «ليس على المُستودِع غيرِ المُغِلِّ ضمانٌ، ولا على المستعير غيرِ المُغِلِّ ضَمانٌ»(٢)، ويجب حفظُها على المودَع إذا قبِلَها؛ لأنّه التزم الحِفظَ بالعَقد.

والوَديعةُ تارةً تكون بصريحِ الإيجابِ والقَبول، وتارةً بالدَّلالة:

فالصَّريح: قولُه: أَوْدَعْتُك، وقولُ الآخر: قَبِلتُ، ولا يَتِمُّ في حَقِّ الحِفْظِ إلا بذلك.

---

(١) الوديعة شرعاً: هي تسليطُ الغير على حفظ ماله.
وركنها: قول المودِع: أودعتك هذا المال، أو ما يقوم مقامه من الأقوال والأفعال، والقَبول من المودَع بالقول والفعل، أو بالفعل فقط.
وحكمها: وجوب الحفظ على المستودَع، ووجوب الأداء عند الطلب، وصيرورة المال أمانة في يده، كما في التبيين٥: ٧٦.

(٢) فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه، قال ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان» في سنن الدارقطني٣: ٤٥٦، وضعَّفَه.
وعن شريح رضي الله عنه: «ليس على المستودَع غير المغل ضمان» في معرفة السنن١٠: ٤٩١، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٩١، وصححه.
وعن الزهري رضي الله عنه قال: «ليس على المستودَع والمستعير ضمان إلا أن يتهم» في مصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٩٩.
وعن القاسم بن عبد الرحمن رضي الله عنه: «إنَّ علياً وابن مسعود رضي الله عنهم قالا: ليس على مؤتمن ضمان» في سنن البيهقي الكبير٦: ٢٨٩.

ويَتِمُّ بالإيجابِ وحدَه في حَقِّ الأَمانة، حتى لو قال للغاصب: أودعتُك المغصوب بريء عن الضَّمان وإن لم يَقْبَل؛ لأنَّ صيرورةَ المال أمانةً حكمٌ يلزم صاحبَ المال لا غير، فيَثْبُتُ به وحدَه، فأمَّا وجوبُ الحِفْظِ فيَلْزَمُ المودَع، فلا بُدَّ من قَبوله.

والدَّلالةُ: إذا وَضَعَ عنده مَتاعاً ولم يَقُل شَيْئاً، أو قال: هذا وَديعةٌ عندك وسكت الآخرُ صار مودَعاً حتى لو غاب المالكُ، ثمّ غاب الآخر، فضاع ضَمِن؛ لأنَّه إيداعٌ وقَبولٌ عُرفاً.

قال: (**وهي أَمانةٌ إذا هَلَكَت من غير تَعَدٍّ لم يَضْمَنْ**)[1]؛ لأنَّه لو وَجَبَ الضَّمان لامتنع النَّاس من قَبولها، وفيه من الفَساد ما لا يخفى، ولما رَوينا من الحديث.

قال: (**وله أن يحفظَها بنفسِهِ ومَن في عِيالِهِ**[2] **وإن نَهاه**)؛ لأنَّه التزمَ أن يحفظَها بما يحفظ به مالَه، وذلك بالحِرْزِ واليد.

أمَّا الحِرْزُ: فَدارُه ومَنْزِلُه وحانوتُه، سواءٌ كان ملكاً له أو إجارةً أو إعارةً.

---

(١) لأنَّ المودَع متبرّع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل؛ ولأنَّ يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان، كما في التبيين٥: ٧٦.

(٢) العيال: أهل البيت، ومن يمونه الإنسان الواحد، والمراد بالعيال هاهنا: زوجة المودَع وولده ووالداه وأجيره، كما في المصباح ص٤٣٨، وكمال الدراية ق٥٧٢.

وأمَّا اليدُ: فيدُه وزوجتُه وزوجُها وأَجيرُه الخاصّ وولدُه الكبير إن كان في عِيالِهِ على ما مَرَّ في الرَّهن، ولأنَّ المُودَعَ رَضِيَ بذلك؛ لأنّه يَعْلَمُ أنّ المودَع لا بُدّ له من الخُروجِ لِمعاشِهِ وأداءِ فَرائضه، ولا يُمكنُه استصحاب الوَديعة معه، فيَتْركَها في مَنْزله عند مَن في عِيالِهِ، فلم يكن له بُدّ من ذلك.

ولهذا لا يَصِحُّ نهيُهُ لو قال: لا تَدْفَعْها إلى شخصٍ عيَّنَه من عِياله ممَّن لا بُدَّ له منه، فإن لم يكن له عِيال سِواه لم يَضْمَن، وإن كان له سِواه يَضْمَن؛ لأنَّ من العِيالِ مَن لا يؤتمنُ على المال.

قال: (**وليس له أن يحفظَها بغيرهم**)[1]؛ لأنَّه ما رَضِي بحفظِ غيرهم، فإنَّ النَّاسَ يَتَفاوتون في الأَمانات، وصار كالوَكيلِ والمُضاربِ ليس له أن يُوكلَ ولا يُضاربَ؛ لما تقدَّمَ أنَّ الشَّيءَ لا يَتَضَمَّنُ مِثْلَه.

قال: (**إلا أن يَخافَ الحَريقَ فَيُسَلِّمُها إلى جاره، أو الغَرَق فَيُلقيها إلى سَفِينةٍ أُخرى**)؛ لأنَّ الحِفْظَ تَعَيَّن بذلك، لكن لا يُصَدَّقُ عليه إلاَّ ببيِّنةٍ؛ لأنّه يَدَّعي سبباً لإسقاطِ الضَّمان، فيحتاج إلى بَيِّنةٍ[1].

---

(١) وعن محمد رضي الله عنه: المودَع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أُمنائه ممّن يثق به في ماله، وليس في عياله لا يضمن، وفي النهاية: وعليه الفتوى، ثم قال: وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال، كما في مجمع الأنهر١: ٣٣٩.

قال: (**فإن خَلَطَها بغيرها حتى لا تتميَّزَ ضَمِنَها**) عند أبي حنيفة ﵁، ثمَّ لا سَبيل للمُودِع عليها.

والخَلْطُ على وجوهٍ:

أحدُها: الجِنْسُ بالجِنْسِ كالحِنْطةِ بالحِنْطة، والشَّعير بالشَّعير، والدَّراهمُ البِيضُ بالبِيضِ، والسُّود بالسُّود.

والثَّاني: خَلْطُ الجِنْس بغيرِه: كالحِنْطةِ بالشَّعير، والخَلِّ بالزَّيتِ ونحوهما.

والثَّالثُ: خَلْطُ المائعِ بجنسِهِ.

فعند أبي حنيفة ﵁: هو استهلاكٌ في الوُجوه كلِّها فيَضْمَنُها ويَنْقَطِعُ حَقُّ المودِع عنها.

وعندهما[2]: كذلك في الوَجه الثّاني؛ لأنّه استهلاكٌ صُورةً ومعنى، والأَوَّلُ عندهما إن شاء شاركَه فيها، وإن شاء ضَمَّنَه؛ لأَنَّه إن تَعَذَّرَ أَخذُ عين حقِّه لم يَتَعَذَّرْ المعنى، فكان استهلاكاً من وجهٍ دون وجهٍ، فيَخْتار أَيّهما شاء.

---

(١) قال في «المنتقى»: هذا إذا لم يكن الحريق عاماً مشهوراً عند الناس، حتى لو كان مشهوراً لا يحتاج إلى البينة، كما في اللباب١: ٣٤٧.

(٢) وظاهر «الهداية» ترجيح قولهما بتأخير دليلهما، كما في اللباب١: ٣٤٨.

وأَمّا الثَّالثُ: فعند أبي يوسف رضي الله عنه يَجْعَلُ الأقلَّ تَبَعاً للأكثر اعتباراً للغالب، وعند مُحَمَّد رضي الله عنه هو شِرْكةٌ بينهما بكلِّ حال؛ لأنَّ الجِنْسَ لا يغلبُ الجِنْسَ عنده على ما عُرِف من أصلِهِ في الرِّضاع.

وخَلْطُ الدَّراهم بالدَّراهم، والدَّنانيرِ بالدَّنانيرِ إذابةٌ من الوجهِ الثَّالثِ؛ لأنّه يَصيرُ مائعاً بالإذابة.

وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه: أنّه استهلاكٌ من كلِّ وجهٍ؛ لتَعَذُّر وصولِهِ إلى عَيْنِ حقِّهِ، والقِسْمةُ مُتَرتبةٌ على الشَّركة، فلا تكون موجبةً لها، فلو أبرأ المودِع الخالطَ برئ أَصلاً، وعندهما: يَبْرأُ من الضَّمان، فتتعيَّنُ الشَّركةُ في المَخلوطِ.

(**وكذا إن أَنْفَقَ بعضَها، ثمَّ رَدَّ عِوَضَه وخَلَطَه بالباقي**)، فهو استهلاكٌ على الوَجهِ الذي بيَّنّا.

قال: (**ولو اختلطَ بغيرِ صُنْعِهِ فهو شَريكٌ**) بالاتفاق؛ لأنّه لا صَنْعَ له فيه، فلا ضَمان عليه، فتتعيَّن الشَّركة.

قال: (**ولو تَعَدَّى فيها بالرُّكوب أو اللُّبْس أو الاستخدام أو أَوْدَعها، ثمّ زال التَّعدَّي لم يَضْمَن**)؛ لزوال المُوجبِ للضَّمان، ويدِ الأَمانةِ باقيةٌ بإطلاق الأَمر الأوّل؛ لأنّه لم يَرْتَفِعْ من جهةِ صاحبِ الحقّ، لكن ارْتَفَعَ حكمُه لوجودِ ما يُنافيه، ثمّ زال المُنافي، فعادَ حُكْم الأَمر الأوّل.

(**ولو أَوْدَعها فَهلَكت عند الثَّاني، فالضَّمان على الأَوَّل**) خاصّة.

وقالا: يُضَمِّنُ أيَّهما شاء؛ لأنَّ الأوَّل خالفَ؛ لما بيَّنّا، والثَّاني تَعَدَّىٰ حيث قبضَ ملكَ غيره بغير أَمْره، فإن ضَمَّنَ الأوَّلَ لا يَرْجِعُ علىٰ الثَّاني؛ لأنّه ملكَه بالضَّمان مُستنداً، فيكون مودِعاً ملكَه، وإن ضَمَّنَ الثَّاني رجَعَ علىٰ الأوَّل؛ لأنّه إنّما لحقه ذلك بسببِهِ.

ولأبي حنيفة ﷺ: أنّ التَّفريطَ إنّما جَرَىٰ من الأَوّل؛ لأنّ مُجَرَّدَ الدَّفع لا يُوجب الضَّمان، حتىٰ لو هَلَكَت والأَوَّل حاضرٌ لا يَضْمَنُ، فإذا غابَ الأَوَّلُ فقد تركَ الحِفْظَ فيَضْمَنُ والثَّاني لم يَتْرُكْ.

قال: (**فإن طَلَبَها صاحبُها فجَحَدَها، ثمّ عادَ اعترف ضَمِن**)؛ لأنَّ بالطَّلبِ ارتفع عَقْدُ الوَديعةِ، فصار غاصِباً بعده، وبالاعترافِ بعد ذلك لم يوجد الرَّدُّ إلىٰ نائبِ المالك، بخلافِ مَسألة المُخالفةِ ثمّ المُوافَقة؛ لأنّ يَدَ الوَديعة لم تَرْتَفِعْ، فوُجِدَ الرَّدُّ إلىٰ يدِ النَّائب.

ولو جَحَدَها عند غير المالك لم يَضْمَنْ، وقال زُفر ﷺ: يَضْمَنْ؛ لأنّه جَحَدَ الوَديعة.

ولنا: أنّه من بابِ الحفظ؛ لما فيه من قَطْع الأَطْماع عنها، ولأنّه رُبَّما يَخافُ عليها ممَّن جَحَدَها عنده، وهذا المعنىٰ مَعْدومٌ إذا جَحَدَها عند المالك.

فإن جَحَدَها ثمّ جاءَ بها، فقال له صاحبُها: دَعْها وَديعةٌ عندك فَهلَكَت، فإن أَمْكنَه أَخذُها فلم يأخذْها لم يَضْمَنْ؛ لأنّه إيداعٌ جديدٌ، كأنّه أَخَذَها ثمّ أَوْدَعَها، وإن لم يُمْكِنْه أَخْذُها ضَمِنَ؛ لأنَّه لم يَتِمَّ الرَّدّ.

قال: (**ولِلمُودَعِ أن يُسافرَ بالوَديعةِ وإن كان لها حِمْلٌ ومُؤونةٌ ما لم يَنْهَهُ إذا كان الطَّريقُ آمناً**)؛ لإطلاق الأَمر، والغالبُ السَّلامةُ إذا كان الطَّريقُ آمناً، ولهذا يملكُه الوَصيُّ والأَبُ، بخلافِ الرُّكوبِ في البَحر؛ لأنّ الغالبَ فيه العَطَب.

وقالا: ليس له ذلك إذا كان له حِمْلٌ ومؤونةٌ؛ لأنَّ الظَّاهرَ عدمُ الرِّضا؛ لما يلزمُهُ من مُؤونة الحِمْل.

قُلْنا: يَلْزمُه ذلك ضَرورة امتثال أَمْره، فلا اعتبار به سِيَّما إذا كان من أَهْل العَمُود، ولا بُدَّ له من رحلةِ الشِّتاءِ والصَّيفِ.

قال: (**ولو أَوْدَعا عند رَجلٍ مَكِيلاً أو مَوْزوناً، ثمّ حَضَرَ أحدُهما يَطْلُبُ نَصِيبَه لم يؤمرْ بالدَّفع إليه ما لم يَحْضُر الآخرُ**).

وقالا: يَدْفَعُ إليه نَصيبَه؛ لأنّه سَلَّمَه إليه، فيُؤمرُ بالدَّفع إليه عند الطَّلب؛ لأنّه ملكُه حتىٰ كان له أخذُه كالدَّين المُشْترك.

وله: أنَّ نصيبَه في المُشاعِ ولا يُمكن دفعُه إليه؛ لأنَّ الدَّفعَ يَقَعُ في المُعيَّن، وهو غيرُ المُشاع، وإذا لم يُمكن دَفْعُهُ إليه، كيفَ يُؤمر به، وولايةُ الأَخذِ لا تَقْتَضي جوازَ الدَّفع، ألا تَرىٰ أنّ المَدْيونَ لو كان له وديعةٌ عند رَجلٍ من جِنْسِ الدَّين، فلربِّ الدَّين أخذُها، ولا يجوز للمُودَع الدَّفعُ إليه.

وأمّا الدَّينُ المُشتركُ؛ فلأنّه يؤدِّيه المَديون من مالِ نفسِهِ؛ لما عُرِف.

ولا اعتبارَ بضرر الحاضر؛ لأنّه لحقَهُ بصنعِهِ حيث أَوْدَعَه مُشاعاً.

وغيرُ المَكيل والمَوزون لا يُدْفَعُ إليه نصيبِهِ بالإجماع.

وذَكَرَ مُحمّدٌ ﵁ الخلافَ مُطلقاً، والأَوَّلُ أَصحُّ؛ لأَنَّه لو كان في يدِ أَحدِهما وغابَ، فليسَ للحاضر أَخْذُ نصيبِهِ، فمن المودَع أَوْلى.

قال: (**فإن قال المودَع: أَمَرتني أن أَدْفعَها إلى فلانٍ، وكَذَّبه المالكُ ضَمِن، إلاّ أن يقيمَ البيِّنَةَ على ذلك، أو يَنْكُلُ المالكُ عن اليمين**)؛ لأَنَّهما تَصادقا على الدَّفع وتجاحدا في الإذن، فيَضْمَن بالدَّفع إلاَّ بحُجّةٍ.

قال: (**ولو أَوْدَعَ عند رَجلين شَيئاً ممَّا يُقْسَمُ، اقتسمناه وحَفِظَ كلٌّ منهما نصفَه، وإن كان لا يُقْسَمُ حَفِظَه أحدُهما بأَمْر الآخر**).

وقالا: لأحدِهما أن يحفظَه بأَمر الآخر في المَسألتين؛ لأَنَّه رضي بأَمانتهما، فكان لأحدِهما أن يُسلِّمَها إلى الآخرِ كالمَسألةِ الثَّانية.

وله: أنّ الدَّافعَ أَوْدَعَ نِصْفَه بغيرِ أَمْرِ المودَع فيَضْمَنُه، وهذا لأَنَّه إنّما رضي بأمانتهما، فكان رضى بأمانةِ كلِّ واحدٍ منهما في النِّصف؛ لأَنَّ إضافةَ الفِعْل إليهما تقتضي التَّبعيض كالتَّمليكات، إلا أَنَّا جَوَّزناه فيما لا يُقْسَمُ ضرورةَ عدم التَّجزي، وعدم إمكان اجتماعهما عليها، ولأنّه لَمّا لم يُمكن قِسْمَتُها، ولا الاجتماع عليها دائماً، كان راضياً بذلك دلالةً.

وعلى هذا الوَكيلان والوَصيان والمُرتهنان والعَدْلان في الرَّهن والمستبضعان.

قال: (**ولو قال: احِفَظْها في هذا البيتِ، فحفظها في بيتٍ آخر في الدَّار لم يَضْمَنْ**)؛ لعدمِ تَفاوُتِهما في الحِرْز، إلا أن تكون داراً كبيرةً مُتباعدةَ الأَطراف، والبيتُ الذي نَهاه عنه عَوْرةً، فإنّه يَضْمَنُ؛ لأنّه مُفيدٌ.

قال: (**ولو خالفه في الدَّار ضَمِن**)؛ لأنّ الدُّورَ تختلفُ في الحِرْزِ، فكان مُفيداً.

قال: (**ولو رَدَّ الوَديعةَ إلى دارِ مالكها ولم يُسَلِّمْها إليه ضَمِن**)؛ لأنَّ المالكَ ما رضي بدفعها إلى داره، ولا إلى مَن في عِيالِه ظاهراً؛ إذ لو رضي بهم لَمَا أَوْدَعَها.

ولو وَضَعَ الثِّياب في الحَمَّام ولم يَقُلْ شيئاً ودَخَلَ الحَمَّامَ يُنْظَر إن كان في الحَمّام ثِيابيٌّ يحفظُ الثِّياب، فالضَّمان عليه دون الحَمَّاميِّ؛ لأنّه استودَعَه دلالةً، وإن لم يكن ضَمِنَ الحَمَّاميُّ.

ولو قال للحَمّاميِّ: أين أضعُ الثِّيابَ فأشارَ إلى مَكانٍ يَضْمَنُ الحَمَّاميُّ دون الثِّيابيّ؛ لأنَّ الحَمّاميَّ صار مُودَعاً.

ولو وَضَعَ الثِّياب بمحضر من الحَمَّاميّ، فخرج آخر ولَبِسَها، والحَمَّاميُّ لا يَدْري أنَّها ثيابُه أم لا، ضَمِن الحَمَّاميُّ.

وإن نام الحَمّاميُّ فُسِرقَتْ الثِّياب إن نام قاعداً لم يَضْمَنْ؛ لأنّه لم يَتْرُكْ الحِفْظ، وإن نامَ مُضْطَجِعاً ضَمِنَ.

والخانُ كالحَمّام، والدّابّةُ كالثِّياب، والخانيُّ كالحَمّاميِّ.

قام واحدٌ من أهل المَجلس وتَرَكَ كتابه أو متاعَه، فالباقون مودَعون، حتى لو تركوه فَهَلَك ضَمِنوا، فإن قام واحدٌ بعد واحدٍ، فالضَّمان على آخرهم؛ لأنّه تعيَّن حافظاً.

﷼ ﷼ ﷼

فهرس الموضوعات: